THÈSE DE
AIX.
18
N°.

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DE

L'ACTION PUBLICIENNE

EN DROIT ROMAIN

DES RETRAITS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PAR

Le baron HENRION (Jean-Joseph-Auguste-Fernand)

AVOCAT

MARSEILLE

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE BARLATIER ET BARTHELET

Rue Venture, 19.

1893

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DE

L'ACTION PUBLICIENNE

EN DROIT ROMAIN

DES RETRAITS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PAR

Le baron HENRION (Jean-Joseph-Auguste-Fernand)

AVOCAT

MARSEILLE

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE BARLATIER ET BARTHELET

Rue Venture, 19.

1893

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION PUBLICIENNE

INTRODUCTION

Le droit de propriété, chez les Romains, était, à l'origine, uniquement sanctionné par l'action du droit civil, la revendication. Il n'existait, d'abord, qu'une seule propriété, la propriété quiritaire ; le préteur reconnut une deuxième propriété, et la garantit par une action analogue à la revendication. Cette action créée par le préteur, c'est l'Action Publicienne.

L'action publicienne est la principale de ces actions créées par le préteur en vue de protéger des droits que l'ancienne législation n'admettait point. Quelques-unes le furent de toutes pièces : le plus souvent le préteur se bornait à étendre l'application des actions du droit civil à des cas qu'elles ne prévoient point. Souvent il rédigeait l'action *in factum*, et le judex, au lieu d'une question de droit, avait, en ce cas, une question de fait à résoudre. Souvent, le préteur introduisait une fiction dans la formule : le

juge avait mission d'examiner, non pas si le demandeur est actuellement propriétaire, mais s'il le *serait* en supposant remplie telle condition.

L'action publicienne, dont nous entreprenons l'étude, est une action fictice, puisqu'elle est fondée sur une supposition. Elle est aussi une action réelle, parce qu'elle tendait à sanctionner et à faire reconnaître un droit réel.

Nous nous poserons et nous étudierons successivement les questions suivantes : 1° Qu'est-ce que la Publicienne, son origine, son but et sa nature ? Quel est son domaine ? — 2° Quelles sont ses conditions d'existence ? — 3° Contre qui triomphe-t-elle et quels sont les fins de non-recevoir qu'on peut lui opposer ?

CHAPITRE I

Définition de l'Action Publicienne, son origine, son but, sa nature, son domaine.

L'action publicienne, nous l'avons dit, est une action prétorienne, réelle et fictice : le magistrat suppose accompli le délai requis pour usucaper et enjoint au juge de traiter le demandeur comme s'il fut devenu propriétaire, *ex jure quiritium*, de la chose réclamée.

Cette action réelle prétorienne qui vient suppléer l'action rèelle civile est appelée publicienne du nom du préteur Publicius qui, le premier, l'a introduite dans l'édit. Ce préteur est sans doute celui dont parle Cicéron, *pro Cluentio*, 45, et qui exerça la préture vers l'an de Rome 685.

L'action publicienne est ainsi décrite par Gaïus (Instit. comm. IV, § 36.) : « *Datur autem hœc actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. Nam, quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse., et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset. intendit hoc modo : Judex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret, et reliqua.* » « Cette action est donnée à celui qui n'a pas encore acquis par usucapion une chose à lui livrée en vertu d'une juste cause et qui, en ayant perdu la possession, demande cette chose ; comme il ne peut prétendre qu'elle est à lui d'après le droit des Quirites, on feint qu'il l'a usucapée, et, partant, comme s'il était devenu propriétaire selon le droit quiritaire, il pose sa prétention de cette manière : Qu'un tel soit juge : si A. A. eût possédé pendant un an l'esclave qu'il a acheté et qui lui a été livré, si alors l'esclave dont il s'agit devait être à lui d'après le droit des Quirites, et le reste. »

On le voit, la fiction est relative à la durée de la possession. Ce n'est point sur le fait même de l'usucapion que porte la fiction, comme pourrait le faire penser peut-être la formule un peu large de Gaïus : *fingitur rem usucepisse,* mais seulement sur un de ses éléments, la durée de la possession. Les autres conditions requises pour l'usucapion doivent toutes exister, car la fiction ne porte point sur ces conditions. Il faudra donc les prouver. La bonne foi se présume : on présume de même qu'aucun vice n'infecte la chose et ne l'empêche d'être usucapée. Mais il faudra prouver le juste titre, la *justa causa.*

Créée à l'imitation de la revendication du droit civil, toutes les règles de la revendication sont applicables à l'action publicienue, sauf toutes les conséquences qui résultent de la fiction, quoique le demandeur dans l'action publicienne ne soit encore qu'un posses-

seur et non un propriétaire. Mêmes règles en ce qui concerne la responsabilité du dol, de la demeure, de la faute, la restitution des fruits et autres accessoires, le remboursement des impenses, etc.

Cujas, après avoir constaté cette conformité des règles de la revendication et de l'action publicienne, ajoutait qu'il devait exister un interdit publicien pour sanctionner la possession prétorienne, de même que l'action publicienne sanctionne la propriété prétorienne. Cette opinion est une erreur de Cujas. Celui qui a l'action publicienne doit avoir un interdit ; mais il n'a pas besoin d'un interdit particulier, il a les interdits possessoires ordinaires, *Uti possidetis*, *utrubi*, *unde vi*, qui sont donnés à tous ceux qui ont la possession, propriétaires ou non. Celui qui a l'action publicienne a véritablement la possession de la chose corporelle, *possidet animo domini ;* il est donc littéralement dans le cas des interdits possessoires ordinaires.

Notre action, véritable revendication prétorienne, constitue une protection pour celui qui a commencé à usucaper. Ses successeurs, soit civils, soit prétoriens, pourront en profiter. Il était utile que la loi s'exprimât à cet égard, parce que s'il n'y a jamais eu de difficulté à accorder à l'héritier d'un propriétaire la revendication qu'il exercera en son nom propre, puisqu'il est propriétaire lui-même, un doute pouvait naître au sujet de l'héritier d'un possesseur : l'usucapion commencée était-elle interrompue par la mort ou continuait-elle au profit de cet héritier ? Comme on a décidé que l'usucapion commencée continue après la mort du possesseur, même pendant que personne ne possède, l'hérédité étant encore jacente, il en est résulté que l'action publicienne passe à l'héritier, fût-il même de mauvaise foi, car la possession commencée de bonne foi par le défunt peut être utilement invoquée au point de vue de l'usucapion et, par conséquent, de l'action publicienne.

Déterminons le domaine régulier de l'action publicienne. Ce domaine est identique à celui de l'usucapion : or, les deux cas dans lesquels l'usucapion s'appliquait à l'époque classique sont les suivants :

Propriété bonitaire. — Exemple : 1er cas. Une chose *mancipi* a été livrée par simple tradition. Celui qui a reçu cette chose l'a *in bonis*. Pour obtenir la propriété quiritaire, il doit usucaper. S'il perd la possession avant le délai requis, le préteur lui accorde l'action publicienne.

2e cas. Une chose a été acquise *a non domino* avec juste titre et bonne foi. L'acquéreur doit également dans ce cas usucaper. S'il vient à perdre la possession avant le délai requis, il aura aussi l'action publicienne.

Tels sont les deux cas d'application de l'action publicienne. Cependant, cette doctrine a rencontré des adversaires.

Le propriétaire bonitaire seul, selon une première opinion, avait droit à l'action publicienne. Opinion peu soutenable, car l'action publicienne occupe au Digeste une place à part et même une large part aux Institutes ; or elle aurait dû disparaître avec Justinien, puisque ce premier cas d'application à la propriété bonitaire n'existe plus de son temps.

Selon une deuxième opinion, celui qui a acquis de bonne foi *a non domino* aurait eu seul l'action publicienne. Cette opinion est plus vraisemblable, mais il faut la rejeter sans hésitation. Voyons toutefois les arguments de ce système.

La Publicienne, prétendent les partisans de ce système, n'appartient pas au propriétaire bonitaire. Ils invoquent le texte même de l'édit, tel qu'il nous est rapporté au Digeste : *Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo* (L. 1 pr. h. tit.).

Réduit à ces termes, l'édit laisse, en effet, en dehors le cas de la propriété bonitaire. A l'époque de Justinien la propriété bonitaire

a disparu ; la possession de bonne foi est le seul cas qui puisse, à cette époque, donner lieu à la Publicienne. Mais à l'époque classique l'édit du préteur devait contenir une disposition embrassant les deux hypothèses. Les commissaires de Justinien qui ont remanié le texte de l'édit pour le mettre en harmonie avec la législation de leur temps, ont très probablement limité la portée générale de la loi 1 pr. en ajoutant au texte les mots *non a domino*. Ce qui prouve que ces mots ont été intercalés c'est que le jurisconsulte Ulpien qui commente successivement tous les termes de l'édit, ne commente pas ceux-ci. Il y a plus : en expliquant ces mots : *qui bona fide emit*, Ulpien dit : *Proinde hoc sufficit me bonæ fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim.* » Observation inutile si l'édit avait mentionné textuellement le *non a domino*. En sens inverse, si les rédacteurs de Justinien ont ajouté à l'édit, il est non moins probable qu'il ont retranché de l'édit la mention du cas d'un acheteur de bonne foi. Car Ulpien commente comme venant du préteur les mots « *qui bona fide emit.* » (L. 7, § 11, h. t.) : or la mention de la *bona fides* ne figure point dans le texte de l'édit tel qu'il nous est rapporté. En résumé cette double correction faite, nous croyons que le texte de l'édit était à peu près conçu ainsi : *Si quis id quod bona fide emit, vel id quid traditur ex justa causa, et nondum usucaptum, petet, judicium dabo.* » Les deux hypothèses de l'usucapion se trouvent ainsi visées d'une manière distincte : le propriétaire bonitaire a donc la Publicienne.

Le droit civil, répliquent nos adversaires, s'occupait du propriétaire bonitaire, il était inutile que le préteur s'occupât de le protéger. Le bonitaire, grâce à la formule pétitoire, avait la revendication civile elle-même. *L'intentio*, pour le propriétaire quiritaire, était : *rem suam esse ex jure quiritium :* et simplement *rem suam esse*, pour le propriétaire bonitaire. — C'est là une erreur : celui qui n'a que la possession, ne peut pas revendi-

quer. L'expression *res mea est*, accompagnée ou non des mots *ex jure Quiritium* ne s'applique qu'au domaine quiritaire. Les Romains ne connaissaient qu'une propriété, la propriété quiritaire. Ce qui le prouve, c'est un passage de Gaïus (IV, § 34) relatif au successeur qui a obtenu du préteur la *bonorum possessio :* Il ne peut, dit Gaïus, *id quod defuncti fuit intendere suum esse, quum prœtorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti.* S'il ne peut *intendere suam esse rem quœ defuncti fuit*, c'est donc que *meum, tuum, suum esse*, ne s'applique point à la chose qu'on a *in bonis*, mais exclusivement à celle dont on a le *dominium ex jure Quiritium.* Celui qui n'a pas le domaine quiritaire ne peut user de la *formula petitoria.*

Certains auteurs, parmi ceux qui refusent la Publicienne à celui qui a la chose *in bonis*, lui donnent une action *réelle fictice*, c'est-à-dire l'action *in rem* du propriétaire, accordée *utiliter* à l'aide d'une fiction autre que celle qui sert de base à la Publicienne, fiction qui consisterait à supposer l'existence d'une *mancipatio* ou d'une *in jure cessio.* Nous répondons que les textes ne fournissent aucun exemple de cette fiction. Au contraire la fiction de l'usucapion accomplie ne semble-t-elle point plus naturelle ? A l'époque classique, l'usucapion faisait acquérir le *dominium* à la fois et au *bonœ fidei possessor* et à celui qui a l'*in bonis.* Or, le premier a incontestablement la Publicienne ; pourquoi n'appartiendrait-elle point aussi au second ? L'un et l'autre ne sont-ils point *in causa usucapiendi ?* La loi 18 § 15 *de damno infecto* fournit à cette manière de voir une preuve décisive puisqu'elle donne formellement la Publicienne à une personne qui veut recouvrer la possession d'une chose qu'elle avait *tantum in bonis.* Il est probable que, non seulement la Publicienne garantissait l'*in bonis*, mais qu'elle a été créée en vue de cette situation particulière, et que le préteur n'a fait qu'étendre plus tard au possesseur de bonne foi le bénéfice d'une action, non créée pour ce dernier.

Ainsi donc, c'est l'*actio in rem Publiciana*, fondée sur la fiction d'usucapion, qui protège celui qui a été mis au moyen d'une simple tradition en possession d'une chose *mancipi* par le *dominus ex jure Quiritium*, et qui est dit avoir la chose *in bonis*. Pour qu'une personne puisse invoquer la Publicienne, il faut, nous le verrons plus loin, qu'elle ait pris possession de la chose qu'elle a *in bonis*. A défaut d'une prise de possession, elle aura bien, pour se défendre une *actio in rem ficticia*, mais la fiction n'est plus celle de l'usucapion accomplie. Le successeur prétorien auquel le préteur a accordé la *bonorum possessio*, le fidéicommissaire universel, dès que l'héritier a déclaré qu'il lui restitue l'hérédité en vertu du sénatus-consulte Trébellien, ont sans doute les choses *in bonis*, mais avant d'avoir pris possession d'une manière effective, ils auront une autre action fictice, comme la publicienne. Le *bonorum possessor*, la *fideicommissarius*, étaient assimilés à des héritiers, ils étaient *heredum loco*.

La publicienne n'appartient pas seulement à celui qui a reçu une *res mancipi* du véritable propriétaire, par une simple tradition : elle appartient encore à celui qui, ayant reçu *ex justa causa* et *bona fide* une chose *mancipi* ou *nec mancipi*, mais *a non domino*, avait commencé l'usucapion, puis perdu la possession. Ce cas subsiste encore sous Justinien et figure seul dans la formule de l'édit rapporté au Digeste.

La publicienne compète aussi exceptionnellement à celui qui a perdu la possession ou la quasi-possession d'une chose non susceptible d'usucapion, comme un fonds provincial, un *ager vectigalis*, un droit de superficie acquis *a non domino*, une servitude personnelle ou prédiale *a domino* ou *a non domino*.

Enfin, bien que destinée aux personnes dépourvues de propriété quiritaire, elle profite fort souvent aux propriétaires *ex jure quiritium*.

Cujas et Pothier ont nié cette dernière application de la Publi-

cienne : La loi 1, § 1, à notre titre, disent-ils, dispose que celui qui a usucapé *habet civilem actionem, nec desiderat honorariam.* La loi 18 *De pig. et hyp.* semble aussi subordonner l'application de la publicienne à l'absence du *dominium* : *Si ab eo, qui publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tueter me per servianam prætor, quemadmodum debitorem per publicianam.* Donc le *dominus ex jure quiritium* à la revendication mais la publicienne ne lui compète point.

L'argumentation de ces auteurs ne paraît point décisive. La loi 1, § 1 dit bien en effet que le *dominus* n'a point besoin de la publicienne puisqu'il a la revendication. Mais ce texte ne dit pas que s'il en avait besoin, il ne pourrait point l'invoquer. Quant à la loi 18, *de pign. et hyp.* son objet n'est pas de déterminer les cas dans lesquels compète la publicienne ; Paul, dans cette loi, examine simplement l'efficacité du *jus pignoris* constitué par un *non dominus* qui est dans les conditions voulues pour user de la publicienne. Il n'y a donc aucune preuve à tirer des textes invoqués.

Le propriétaire pouvait avoir un grand intérêt à se servir de l'action publicienne. S'il se servait de la revendication, il lui faudrait prouver sa propriété, et comment il l'a acquise, et cela non-seulement pour lui, mais encore pour tous ses auteurs successifs, en remontant à l'infini jusqu'à la rencontre d'un mode d'acquisition originaire. Preuve à peu près impossible quand l'usucapion ne vient point la limiter, preuve au moins délicate même avec le secours de l'usucapion. Il est plus simple et à la fois plus sûr de se servir d'une action qui tient pour achevée l'usucapion commencée. La publicienne, il est vrai, n'a point été instituée pour lui, mais rien ne prouve que le préteur lui en refusait le bénéfice. N'entrait-il point dans les habitudes du préteur d'étendre par faveur le bénéfice de ses institutions à ceux qui se trouvaient déjà protégés par le droit civil ? Est-il admissible qu'on traitât moins favorablement le propriétaire si l'usucapion, au lieu d'être une fiction, était une réalité ?

Des textes, d'ailleurs, prouvent qu'une même personne peut avoir à sa disposition les deux actions, la revendication et la publicienne (L. 39, § 1 *de evict.*, et L. 66, *cod. tit.*). Elle peut même intenter la publicienne après avoir intenté sans succès la revendication.

Les successeurs à titre universel du droit civil et du droit prétorien ont le droit d'intenter la publicienne née dans la personne de leur auteur, sans même qu'ils aient pris possession, et sans qu'il y ait à examiner leur bonne ou leur mauvaise foi (L. 7 § 9 et L. 12, § 1, h. t.).

CHAPITRE II

Conditions d'exercice de l'Action Publicienne.

Pour l'exercice de l'Action Publicienne quatre conditions sont nécessaires :

1° La possession *ad usucapionem*, 2° une juste cause de possession, 3° la bonne foi, 4° une chose susceptible d'usucapion.

Toutes ces conditions cadrent avec les conditions de l'usucapion, à l'exception du laps de temps : le demandeur doit se trouver *in causa usucapiendi* au jour où il a perdu la possession.

§ 1. — DE LA POSSESSION

Sans la possession point d'usucapion possible : tant que l'on possède il est inutile d'agir ; si on a cessé de posséder une action

sera utile. Si l'on perd la possession, ne fût-ce qu'un instant, cet instant suffit pour acquérir le droit à l'action publicienne. Mais l'acquéreur qui a reçu la chose par l'*in jure cessio* sans être entré en possession n'a aucun droit à l'action publicienne.

Quelques interprètes ont cependant prétendu que, dans les cas où, sans avoir pris possession, on aurait acquis la propriété avec le droit de la revendiquer, on aura également, sans être entré en possession, droit à la publicienne, si le vendeur n'était point propriétaire et si on l'a cru tel. *La mancipatio, l'in jure cessio* émanant du vrai propriétaire, rend propriétaire ; si elles émanent d'un non *dominus*, l'acquéreur, dit-on, aura la publicienne.

On s'est appuyé, pour soutenir ce système, sur la loi I, § 2, h. tit.

« Pourquoi, demande Ulpien dans ce texte, le préteur fait-il mention uniquement de la tradition et de l'usucapion, alors qu'il y a bien d'autres moyens de droit pour acquérir la propriété, par exemple le legs ? » Or le legs transfère la propriété sans que le légataire soit entré en possession.

Remarquons que le droit d'exercer la publicienne n'est pas contenu dans la seule qualité de légataire et du legs (ici legs *per vindicationem*, le seul qui puisse transférer la propriété ou un droit quelconque.) Le legs *per vindicationem*, pour être valable, exige que la chose léguée appartienne au testateur en propriété quiritaire à l'époque de la confection du testament et de la mort, si c'est un corps certain : s'il s'agit d'une chose *in genere*, la propriété quiritaire doit exister à l'époque de la mort sans qu'il soit nécessaire qu'elle existât au moment de la confection du testament. Un testateur lègue tel cheval déterminé : la propriété doit exister aux deux époques. Il lègue un cheval quelconque : il suffit qu'un cheval existe au décès. Dans ces divers cas, la propriété est transférée *ipso facto*, sans tradition.

Supposez que ces conditions n'existent pas : quel sera l'effet de

ce legs ? Ce sera un juste titre à l'usucapion *pro legato*. Il faudra donc que le légataire soit entré en possession. Il est, par conséquent, nécessaire de distinguer la propriété et la possession.

Il n'est pas nécessaire, et de là réponse à l'argument invoqué, qu'il y ait eu tradition pour que l'usucapion soit possible : Il suffit que l'on soit entré en possession sans que l'héritier livre la chose, sans tradition. Papinien dit (L. 8 d. *pro legato*, 41, 8) : *si non traditam possessionem ingrediatur sine vitio legatarius, legatæ rei usucapio competit.* Ce texte suppose que la chose léguée n'a point été livrée par l'héritier ; le légataire est cependant entré en possession, et il commence à usucaper. Puisque la publicienne feint que l'uscapion a été accomplie, il faut que l'usucapion ait commencée. Ulpien pouvait penser à ce cas, lorsqu'il déclare que la tradition et l'usucapion ne sont pas les seuls modes d'acquérir.

Une difficulté a été soulevée par la L. 2 qui semble rapprocher du legs *per vindicationem* la donation à cause de mort comme mode de transférer la propriété sans tradition. Ce texte est unique et Cujas l'appelait *valdè singularis.*

Valdé singularis, unique et singulier en effet, voici pourquoi : Pendant tout le droit classique, la donation entre-vif n'a jamais été un mode de s'obliger. Pour s'obliger par donation, il fallait recourir aux modes ordinaires, la stipulation, par exemple. Le pacte de donner n'était point obligatoire. A partir d'Antonin le Pieux, la convention de donner devint obligatoire entre ascendants et descendants seulement, et, à partir de Justinien, entre toutes personnes. La *donatio mortis causa* n'a jamais, à aucune époque, bénéficié de cette faveur ; elle n'a jamais été un mode de s'obliger, et il a fallu, pour s'obliger *mortis causa,* recourir à la stipulation. Comment serait-elle un mode de transférer la propriété ? A l'époque de la jurisprudence classique, les jurisconsultes nous présentent, dans des textes nombreux, la tradition comme la forme habituelle de cette donation. Sous Justinien, la

donatio mortis causa n'opère pas davantage, par la simple convention, translation de la propriété. A la vérité, il y a, entre les legs et les donations à cause de mort, quelque assimilation, au point de vue de la dispense d'insinuation, sous le rapport de la réduction en vertu de la loi Falcidie, sous le rapport des incapacités de recevoir, établies par les lois Pappia et Poppea ; mais nulle part, Justinien ne parle de leur assimilation, quant à la manière dont s'opère la translation de propriété.

Que signifie donc la L. 2 ? était-ce une décision spéciale de Paul ou renferme-t-elle un sens caché ? Pour comprendre, il faut se rappeler comment se faisait la *donatio mortis causa* quand elle avait pour but le transport de la propriété : 1° ce transfert avait lieu immédiatement au moyen d'une mancipation, ou d'une *in jure cessio*, ou d'une tradition ; 2° la donation était faite par tradition, mais sous la condition suspensive du décès du donateur.

Dans le premier cas, si le donataire prend possession de lui-même après la mort du donateur, on peut dire qu'il est devenu propriétaire sans tradition. Si le donateur n'avait point la propriété, le donataire est en position de l'acquérir par l'usucapion, et par conséquent aussi, d'invoquer l'action publicienne.

Dans le deuxième cas, c'est au moment du décès du donateur que la propriété de la chose antérieurement livrée sera transférée au donataire si le donataire avait lui-même la propriété, et que, dans le cas contraire, l'usucapion commencera à courir en faveur de ce donataire, et l'action publicienne à lui compéter, s'il vient à perdre la possession.

Il ne faut donc point, par le rapprochement de la loi 2 et de la loi 1 et 2, détruire l'économie du droit romain.

Une objection à notre doctrine peut être tirée de la loi 9 § 6 h. t. : L'héritier, selon cette loi, aura droit à la Publicienne pour une chose achetée avant l'adition d'hérédité par un *servus hereditarius, quasi ipse possedisset*, comme si lui-même avait possédé,

bien qu'il n'ait pu, dans ces conditions, posséder par lui-même. Ce texte, loin de nous être défavorable, montre le lien qui, selon nous, rattache, quant à la possession, l'usucapion à l'action publicienne. Car, des deux éléments dont se compose la possession, l'un, l'*animus*, peut exister chez autrui, mais l'autre, le *corpus*, ne peut résider que chez celui-là même qui veut *sibi possidere*. Par conséquent, les personnes qui ne peuvent pas vouloir, ne peuvent acquérir la possession : telles sont les personnes morales, comme une hérédité jacente. Mais comme on admit que le maître acquerrait la possession des choses livrées à son insu à l'esclave pour les affaires du pécule, il en résulta que cette acquisition de possession et l'usucapion furent attribuées aux personnes qui ne peuvent pas vouloir, telles que l'hérédité jacente, relativement aux choses livrées à l'esclave héréditaire *peculii nomine*. Et ainsi, l'héritier put bénéfier, *post aditam hereditatem*, de cette usucapion commencée, et notamment exercer la Publicienne, si l'esclave avait perdu la possession de la chose. La loi 9 § 6 confirme donc l'opinion qui assimile, au point de vue de la possession, l'usucapion à la Publicienne.

Pour prétendre que l'on peut, sans avoir possédé, faire usage de l'action publicienne, nos adversaires s'appuient encore sur la loi 12 § 1, h. t. suivant laquelle le fideicommissaire a droit à la Publicienne, *bien qu'il n'ait point obtenu la possession*. Quelle est la portée de ce texte ? Il veut dire que l'action publicienne passe aux héritiers et à tous autres successeurs universels. Or, la restitution faite en vertu du senatus-consulte Trebellien, investit les fidéicommissaires de toutes les actions. Le défunt ayant possédé, l'action publicienne se trouve parmi les actions qui lui appartenaient : il est inutile que le fidéicommissaire ait possédé par lui-même.

Nos adversaires invoquent aussi la loi 15 h. t. qui décide que, si mon esclave en fuite achète une chose *a non domino*, je dois

avoir la Publicienne, *licet possessionem rei traditæ per eum nactus non sim*. Ils ne songent point que le mot *possessio* a ici le sens de possession naturelle, de détention corporelle. Quoique la chose n'ait passé que par les mains de l'esclave, j'ai acquis la possession de cette chose par l'esclave, bien qu'il soit fugitif. Opinion de Pomponius conforme à la doctrine de l'école sabinienne à laquelle ce jurisconsulte appartenait.

Une preuve irrécusable de ce qu'il faut bien la possession pour l'usucapion et pour l'action publicienne, se trouve dans la loi 12 § 7 : Une possession d'un moment, dit Paul, suffit pour l'exercice de la Publicienne. Concluons donc que la possession est l'une des conditions nécessaires de l'action publicienne qui doit être précédée d'une tradition ou du moins d'une prise de possession exempte de vice. Les jurisconsultes romains en indiquant ces conditions ne l'omettent jamais. Du reste, il importe peu qu'on ait acquis la possession soi-même ou par quelqu'un qui avait qualité à cet effet, par un esclave, un fils de famille, un tuteur ou curateur. L'acquisition est-elle faite par l'esclave ou le fils de famille, *ex causa peculiari* ? L'usucapion commence tout de suite, même à l'insu du maître ou du père. L'acquisition a-t-elle lieu au nom du maître ou du père ? l'usucapion ne commencera que du moment où celui-ci l'aura connue. Enfin, la volonté du tuteur et du curateur supplée à celle de la personne soumise à la tutelle et à la curatelle, et l'usucapion naît immédiatement au profit de cette dernière.

§ 2. — DE LA JUSTE CAUSE

On pourrait étudier à la fois la juste cause et la bonne foi, les textes parlant souvent à la fois de ces deux conditions. Mais il vaut mieux les séparer. La juste cause, en général, peut être définie : Un fait juridique qui suppose chez les parties l'intention

de transférer et acquérir. La bonne foi est la croyance que celui qui a aliéné était propriétaire ou avait le pouvoir d'aliéner comme mandataire du propriétaire.

Le demandeur doit prouver la juste cause comme la possession. La bonne foi se présume : il n'a point à la prouver. Il y a intérêt à séparer l'étude de ces deux conditions puisqu'elles diffèrent dans leur principe et pour la preuve.

La loi 3 § 1 nous offre plusieurs exemples de juste cause. Ce n'est pas seulement à l'acheteur de bonne foi qu'appartient la Publicienne, dit-elle, mais à tous possesseurs de bonne foi. Nous allons parcourir les différentes *justæ causæ* dont nous parle cette loi :

Pro dote. — La chose livrée au mari *ex dotis causa* peut être usucapée par lui, estimée ou non. Il usucape *pro dote,* mais à partir du mariage seulement, quand la dot lui a été donnée sans estimation. Si la dot a été estimée, il usucapera au titre *pro emptore.* Si en constituant la dot la future a voulu rendre son futur immédiatement propriétaire, même avant le mariage, il pourra usucaper dès la tradition et en vertu de la *justa causa pro suo.* Avant la célébration du mariage, il ne possède point en tant que mari.

Pro judicato.— Il est question de cette juste cause à la fin de la loi 3 § 1 h. t. Quand un jugement peut-il être une juste cause de tradition ? Distinguons le cas de l'action *in rem* et le cas de l'action *in personam.*

Supposons d'abord que le jugement soit rendu à la suite d'une action réelle. Le juge a trouvé la preuve du demandeur insuffisante : le défendeur est absous. Dans ce cas, les choses restent en l'état, le défendeur continue à posséder. Mais ce n'est pas le jugement qui est la cause de sa possession ; il continue à posséder en vertu d'une cause antérieure.

Supposons, au contraire, que le demandeur obtienne gain de

cause. Le juge ordonnera au défendeur de restituer. Or, peut-on dire dans ce cas qu'il y a une tradition *ex causa judicati* et que dès lors il y a lieu à usucapion et, partant, à l'action publicienne ? Non ; en effet, qu'est-ce que la *justa causa ?* C'est un fait juridique qui suppose l'intention de transférer chez celui qui livre et d'acquérir chez celui qui reçoit : celui-ci devient propriétaire à l'instant où il usucape, s'il y a un obstacle et s'il perd la possession avant d'avoir usucapé, il intentera l'action publicienne.

Le jugement qui donne raison au revendiquant a-t-il ce caractère ? Le juge ne crée pas le droit ; il ne transfère pas la propriété. Le juge ne fait que reconnaître un droit préexistant. Il ordonne au défendeur de mettre le demandeur en possession et non pas de transférer une propriété qui existe chez le demandeur. Le défendeur, pas plus que le juge, n'a l'intention de transférer un droit, surtout s'il est contraint *manu militari*. Il n'y a donc point ici de *justa causa*. Le demandeur ne puise donc son droit que dans le titre antérieur que le juge reconnaît en lui.

Voici ce qui peut arriver : Le défendeur a usucapé *inter moras litis*. La *litis contestatio* n'interrompt pas l'usucapion. Dans ce cas, que va être l'*officium judicis ?* Il pourra, grâce à son *arbitrium* qui existe dans toutes les actions réelles ordonner au défendeur de restituer, par suite de retransférer la propriété. Est-ce dans ce cas que l'action publicienne pourra se comprendre comme venant d'un jugement ? Quelques auteurs l'ont pensé : « Le jugement, « disent-ils, ne reconnaît point le droit préexistant du deman- « deur : il était perdu. C'est un droit nouveau qui résulte du juge- « ment. La tradition ordonnée rendra le demandeur propriétaire, « si le défendeur l'était devenu. Et si le juge s'était trompé, si le « défendeur n'a pu usucaper par suite d'un vice, le demandeur « pourra le devenir par l'usucapion, et s'il perd la possession, il « pourra intenter l'action publicienne. »

Cette idée est spécieuse et paraît plausible. Cependant elle

manque, au fond, de vérité. En effet, si le juge ordonne la restitution c'est qu'il a reconnu que le demandeur était propriétaire au jour de la *litiscontestatio :* or, c'est à ce moment là qu'il faut se placer pour voir si le droit du demandeur existe, et pour remettre le demandeur dans la position où il aurait été si le jugement avait été rendu ce jour-là. Ainsi la base du droit du demandeur se trouve dans son ancien titre. C'est cet ancien titre qui l'a rendu propriétaire ou qui lui permettra d'usucaper.

On insiste cependant, et on dit : « La juste cause exigée par « l'usucapion est le fondement de la bonne foi. Or, le jugement, « en levant tous les doutes sur la validité du titre antérieur, doit « être considéré comme une cause suffisante et comme une cause « nouvelle d'usucapion. » Idée inexacte et qui provient d'une confusion. La juste cause ne motive nullement la bonne foi. Elle la rend seulement vraisemblable. Mais la bonne foi ne se fonde pas sur elle. La juste cause en effet est le fait qui donne à la tradition la vertu de transférer la propriété : elle suppose l'intention, la volonté de transférer. La bonne foi est la croyance que celui qui livrait la chose avait le droit de transférer la propriété : ce n'est pas la croyance que l'on est soi-même devenu propriétaire. Par exemple, si je m'imagine qu'un titre qui ne suppose pas l'intention de transférer la propriété a ce pouvoir, ainsi la tradition faite en exécution d'un louage, c'est là une erreur de droit qui ne peut servir de juste cause à l'usucapion (Paul, L. 31, pr. D., *De usurp. et usucap.*) mais la bonne foi existe.

En appliquant ces principes, nous dirons : le jugement qui donne gain de cause au revendiquant est déclaratif et non translatif de propriété, et s'il confirme chez le demandeur la croyance qu'il avait dans la bonté de son titre ou même la lui donne, il n'ajoute rien à la valeur du titre en lui-même. Si le demandeur le croyait, il y aurait de sa part une erreur de droit qui ne saurait lui profiter pour l'usucapion. Son titre ancien pouvait seul lui permettre d'usucaper.

Les adversaires de notre opinion insistent ; ils objectent l'analogie qui existe entre le jugement et la transaction, qui est, elle aussi, une juste cause d'usucapion et peut servir de fondement à l'action publicienne (L. 8 Code. *De usuc. pro empt.* 7, 26, et L. 29. D. *De usurp.* et *usuc.* 41, 3). Mais l'analogie n'existe pas au point qui nous occupe : dans la transaction, chacune des parties fait une concession réciproque, il y a chez elles l'intention de sacrifier les droits qh'elles ont, ou croient avoir. Où trouve-t-on cette intention dans l'exécution d'une sentence, exécution qui n'a rien de volontaire ?

Je comparerai plutôt cette situation du défendeur au cas prévu dans notre loi 29 où je vous ai livré pour parties des choses héréditaires parce que je vous croyais mon co-héritier. Si les choses héréditaires dont vous prenez possession n'avaient jamais été possédées par l'héritier, vous les acquerriez *pro herede,* mais on n'acquiert point *pro herede* des choses que l'héritier a possédées et vous livre, et dans ce cas on n'a aucun autre titre. Pourquoi ? Parce que celui qui vous livre ces choses n'a pas l'intention de vous les transférer : il se conforme au droit qu'il vous reconnaît, comme le défendeur qui succombe se conforme au droit que le juge reconnaît à son adversaire. Le jugement est donc bien différent de la transaction.

Un texte, la loi 33, § 3 D., *De usurp. et usucap.*, paraît fournir un argument plus fort à nos adversaires. D'après ce texte, j'aurai une juste cause d'usucapion dans la cession que fait Titius du fonds que je voulais revendiquer contre lui : « *Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam justam habebo.* » Si Titius me cède ce fonds, c'est qu'il me reconnaît propriétaire : il n'a pas entendu transférer un droit : Et cependant j'aurai dans ce cas une juste cause d'usucapion. Ce cas, disent nos adversaires, est identique au cas du défendeur qui restitue la possession au demandeur reconnu propriétaire par jugement.

L'argument paraît péremptoire, et cependant est-il exact ? Le cédant reconnaît-il vraiment le droit de celui qui etait prêt à revendiquer ? Non : il en fait le sacrifice pour éviter le procès ou pour recevoir un service. Il cède le droit qu'il a ou qu'il croit avoir : il abandonne la propriété, il la transfère. Il ne se borne point à laisser la place libre comme le défendeur qui succombe dans la revendication et qui est obligé de reconnaître le droit de son adversaire.

Le dernier texte qu'on nous oppose est la L. 13, § 9, D., *De adq. posses.* : « *Si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit.* » Donc, dit-on, la restitution faite par ordre du juge confère la possession *ex justa causa.*

Ce texte ne dit pas que l'on va commencer une usucapion nouvelle *ex causa judicati* : il dit seulement qu'on peut joindre à sa propre possession celle de son adversaire. Celui qui a concédé une chose à titre de précaire, peut, quand elle lui a été restituée, joindre à sa possession celle du concessionnaire. Il n'y a donc point de cause nouvelle. De même, pour la *causa judicati.* C'est donc une cause ancienne qui sera la source de l'action publicienne.

Conclusion : Le revendiquant propriétaire ne trouve pas, dans le jugement ordonnant la restitution de sa chose, une nouvelle cause d'usucapion. Il trouvera une *justa causa* dans le titre qu'il avait déjà.

Examinons, en deuxième lieu, les actions personnelles, et voyons si nous pourrons appliquer ici le mot d'Ulpien : *Item si res ex causa judicati sit tradita.*

Je suppose le défendeur absous. Point de question à examiner : s'il est absous, il est évident que son droit est reconnu, il n'a rien à donner au demandeur. Mais supposons-le condamné. La condamnation est pécuniaire ; il peut donc avoir des deniers à payer ou il peut donner en *datio in solutum* une chose qui appartient à autrui. Le demandeur de bonne foi pourra usucaper : à

quel titre ? Au titre *pro soluto*, ont dit les uns. Nous préférons croire que le payement fait en exécution d'un jugement peut fonder le titre *pro judicato*. Il est certain, dans ce cas, que le jugement ne reconnaît point au demandeur un droit préexistant sur la somme ou son objet. Le demandeur se trouve *in causa usucapiendi*. On peut étendre cette décision au cas où, dans l'action réelle, le défendeur, faute de restitution, est condamné à la valeur de la chose. S'il est propriétaire de l'argent, il en transfère la propriété ; s'il n'en est point propriétaire, il met le demandeur *in causa usucapiendi*. Le titre de cette usucapion sera *ex causa judicati*.

Pro soluto. — (L. 4, h. t.). Un homme est mon débiteur ; pour s'acquitter envers moi, il me fait tradition, *solvendi causa*, d'une chose dont il n'est point propriétaire ou d'une autre chose que j'ai agréée à la place de celle qui m'était due. Je pourrai usucaper *pro soluto*, et, par suite, user de la Publicienne. (L. 46, D., *De usurp. et usucap.*). Peu importe, d'ailleurs, que la créance ait existé ou non, pourvu que j'aie cru à son existence. Les derniers mots de la L. 5 h. t., relative à l'abandon noxal, peuvent s'appliquer au cas de paiement prévu par la loi précédente. Il n'y a d'exception que pour la vente. Il faut une vente véritable, la croyance qu'il y a eu vente ne suffirait point.

Pro noxæ dedito. — Lorsqu'un esclave commet un délit, le maître a le choix ou d'abandonner l'esclave ou de réparer le préjudice. Ce choix résulte du principe que les esclaves ne peuvent pas obliger leur maître, par leurs méfaits, pour une valeur supérieure à leur valeur propre. L'abandon constitue une sorte de *datio in solutum*, voilà pourquoi on rapproche ce titre du précédent. Que l'esclave, *res mancipi*, appartienne ou non au maître qui fait l'abandon noxal par une simple tradition, le nouveau possesseur n'en deviendra *dominus ex jure Quiritium* que par l'usucapion ; en attendant, il a droit à l'action publicienne.

L'abandon noxal peut avoir lieu soit avant, soit pendant l'instance, soit même après le jugement prononçant une condamnation qui est toujours pécuniaire. Ce qui est dû principalement c'est la somme d'argent, montant de la condamnation, l'abandon noxal étant *in facultate solutionis* (L. 6 § 1, D., *De re Judicata*).

Lorsque le maître ne défend pas son esclave, qui a commis un délit, la victime du délit peut obtenir du prêteur l'ordre d'emmener l'esclave (L. 6, h. t.). Le préteur l'autorise à posséder l'esclave comme sien. Le préteur ne peut transférer un droit de propriété quiritaire, il ne peut donner que la *bonorum possessio*. Si le défendeur à l'action noxale était possesseur de bonne foi, la victime du délit qui obtient l'abandon pourra usucaper et avoir l'action publicienne. L'action publicienne permettra de triompher vis-à-vis du propriétaire en ce sens que si le propriétaire oppose l'exception *Justi dominii*, l'autre pourra lui opposer la réplique de dol, à moins que le propriétaire ne veuille payer la réparation du dommage. Au surplus, cette loi ne peut s'appliquer dans le droit de Justinien qu'à l'action noxale intentée contre le possesseur de bonne foi, car sous Justinien le domaine bonitaire n'existe plus.

Voici un cas que l'on peut assimiler à la prise de possession par ordre du préteur, *ex noxali causa* : c'est l'envoi en possession par le second décret du préteur. *ex causa damni infecti*. Quand le propriétaire d'une maison qui menace ruine refuse de donner caution de réparer le dommage que sa chute pourrait causer à la maison voisine, le préteur envoie, par un premier décret, le propriétaire de celle-ci en possession de celle-là, et, au bout d'un certain temps, il l'autorise, par un second décret, à posséder. Il est en possession de devenir par l'usucapion *dominus ex jure Quiritium* (L. 15, § 16, D., De *damno infecto*). En attendant que l'usucapion soit accomplie, il aura l'action publicienne, comme l'indique Paul, L. 18, § 15, D. 39, 2 De *Damn. infect.*: « *Si is qui jussu*

prætoris cœperat possidere et possidendo dominium capere, aut non admissus aut ejectus inde fuerit, utile interdictum Unde vi, vel Publicianam habere potest ». On pourrait croire d'après ce texte que les mots *non admissus* s'appliquent à un envoyé non encore entré en possession. Il n'en est rien : les mots *cœperat possidere* suffiraient à le prouver ; d'ailleurs l'interdit *Unde vi* que notre loi met sur la même ligne que l'action publicienne exige la possession chez celui qui l'exerce. Le texte vise une personne qui, après avoir possédé, a quitté un instant le fonds et a voulu y revenir. Elle en est empêchée par une personne qui s'y est installée en son absence.

Pro adjudicatione (L. 7. h. t.). — L'adjudication est un mode de transférer la propriété. Le juge, dans les trois actions divisoires, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo et finium regundorum*, a le pouvoir de transférer un droit réel. Dès l'adjudication, l'adjudicataire devient propriétaire exclusif de la chose qui lui était commune auparavant avec d'autres particuliers. Il peut y avoir une adjudication même dans une action en bornage, sorte d'expropriation partielle dans un intérêt privé.

L'adjudication transfère donc la propriété. Mais supposons que l'autre plaideur n'eût point la propriété. L'adjudicataire de bonne foi trouvera dans l'adjudication une *justa causa usucapiendi.* (L. 17, D., *De usurp. et usucap.*).

Il y avait à l'époque classique, un deuxième cas où l'adjudication pouvait servir de titre à l'usucapion ; c'est lorsque l'adjudication avait eu lieu dans un *judicium imperio continens.* Dans le droit classique, seule l'adjudication prononcée dans un *judicium legitimum*, pouvait conférer la propriété *ex jure quiritium.* C'est là, du moins, une conjecture qui se fonde sur un passage de Paul dans les *Fragments du Vatican*, § 47, qui démontre que l'adjucation de l'usufruit dans les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* ne créait de droit réel *ex jure quiritium* que dans

un *judicium legitimum*, elle se fonde en outre sur la loi 44, § 1 (D. Fam. ercisc., 10, 11), dans laquelle ce même jurisconsulte dit: *Adjudicatones tuetur prætor, exceptiones aut actiones dando*, etc. ». Ce dernier texte se réfère au cas où l'adjudication est prononcée dans un *judicium imperio continens*. Le prêteur donne l'exception si le propriétaire quiritaire revendique, une exception de dol ou conçue *in factum*, ou bien il donne une action, l'action Publicienne.

Pourquoi cette différence entre ces deux *judicia*? Dans le *judicium legitimum*, la *Lex judiciaria* avait réglé la mission du juge quant à la durée et sous bien d'autres rapports. Les pouvoirs du *judex* étaient donc du ressort du *jus legitimum*; ils étaient fondés sur la loi. En conséquence, le *judex* pouvait conférer le *dominium ex jure quiritium*.

Dans le *judicium imperio continens*, la durée de l'instance judiciaire se réglait sur la durée de la préture. Le pouvoir du juge émanait non de la loi, mais du préteur. Par suite le *judex* ne pouvait avoir plus de droit que le préteur de qui il tenait ses pouvoirs. Or, le préteur ne peut transférer la propriété quiritaire ; il fait seulement des *bonorum possessores*.

Voilà la raison de cette différence. Sous Justinien la distinction n'existe plus, puisqu'il n'y a plus qu'une seule propriété, celle du droit des gens.

Pro jurejurando. — Le serment prêté sur la question de propriété est-il une juste cause d'usucapion ? On s'est fondé pour le soutenir sur les deux lois suivantes : l'une, la loi 7 § 7 h. t. qui décide que celui qui a juré *rem suam esse* a dès lors la Publicienne, mais seulement contre la personne qui lui a déféré le serment : l'autre, la loi 13 § 1 (D. *De jurejur.* 12, 2) qui signifierait que, si la possession, antérieure ou postérieure au serment prêté, a duré le temps nécessaire à la *præscriptio longi temporis*, celui qui a juré *rem suam esse* aurait, *amissa possessione*, une action réelle utile (c'est-à-dire la Publicienne) contre tout possesseur.

Les textes précédents font mention d'une action publicienne qui, contrairement aux principes de la Publicienne, restreint ses effets aux parties en cause. L'action utile dont parle la loi 13 § 1 est-elle réellement l'action publicienne dont parle la loi 7 § 7? Différentes opinions se sont formées sur ce point.

1° Quelques auteurs pensent que celui qui a juré *rem suam esse* a une action *in factum*, ou même une action publicienne, mais seulement contre celui qui a déféré le serment ou ses successeurs ; si la possession qu'il avait déjà ou qu'il a acquise a duré depuis dix ou vingt ans, il aurait une action publicienne contre tout possesseur. Ce ne serait donc point la véritable action publicienne qu'il aurait en attendant.

2° Le serment, selon d'autres auteurs, serait par lui-même une *justa causa usucapionis*. En me déférant le serment, mon adversaire a consenti à me céder son droit sous la condition que je prêterai le serment. Cette pensée est-elle vraie ? Pourquoi l'action publicienne que j'ai en attendant ne m'est-elle point donnée contre tout le monde ?

3° Il s'agirait, d'après une troisième explication, d'un possesseur qui a déjà accompli la *longi temporis præscriptio*. Le propriétaire quiritaire l'actionne et lui défère le serment. La *longi temporis præscriptio* lui donnait sous forme d'exception un moyen de défense. Le serment lui donnera une action *in factum* relative qui est l'action publicienne dont il est question dans la loi 7 § 7. Opinion peu vraisemblable, car si le possesseur avait prescrit, il aurait une action publicienne contre tout le monde.

Restent deux opinions :

Selon Pothier, le jurisconsulte Julien voudrait dire que le demandeur qui a juré que la chose était à lui pourra intenter une action utile, c'est-à-dire efficace contre le possesseur même après que celui-ci aura accompli le temps requis pour prescrire parce que le serment, comme la *litiscontestatio*, interrompt la *longi*

temporis præseriptio de même qu'à l'instar de la litiscontestation, il rend perpétuelle une action temporaire. Cette opinion pourrait se comprendre si le texte s'y prêtait.

Selon M. de Savigny, il faut supposer une revendication intentée contre un possesseur qui nie la propriété du demandeur et qui pourrait invoquer la *longi temporis præscriptio.* Au lieu d'opposer cette prescription, au lieu d'attendre la preuve du demandeur, il lui défère le serment. Le demandeur prête le serment. Il a, dans ce cas, une action utile malgré la *longi temporis præscriptio.*

En résumé, l'action Publicienne du § 7 de la loi 7 suppose le serment déféré par le défendeur, prêté par le demandeur qui a une action relative dans l'espèce. C'est donc bien le serment qui la donne. Dans la loi 13 il s'agit d'une action utile qui suppose une *præscriptio longi temporis* accomplie. Dans ce cas, il faut admettre ou que la Publicienne du § 7 n'est pas l'action utile du § 1, loi 13, ou bien admettre l'explication de M. de Savigny.

Pro emptore. — Lorsque la tradition a lieu en vertu d'une vente, l'acheteur possède et usucape *pro emptore.* L'usucapion *pro emptore* est soumise à des règles particulières. A quel moment l'acheteur a-t-il droit à la Publicienne ? Doit-il avoir payé le prix ? Gaïus, dans la loi 8 h. t., fait observer que l'Edit n'en indique point l'obligation : « *unde potest conjectura capi, quasi nec sententia prætoris ea sit ut requiratur an solutum sit pretium.* » Mais si Gaïus ne se prononce point nettement dans le texte cité, de nombreux textes, se référant aux divers cas d'exercice de la Publicienne, indiquent que le prix a été payé. Or, l'on sait que les jurisconsultes romains, très précis dans leurs formules, n'ont point coutume de mentionner des circonstances indifférentes. (L. 19, D., *De contrah emptione.* Gaïus, L. 53, *passim.*). Si l'acheteur n'a point payé ou satisfait autrement le vendeur, il ne peut croire que par une erreur de droit être devenu propriétaire. C'est après avoir

payé le prix que l'acheteur est *in causa usucapiendi* et qu'il a droit à l'action publicienne.

Dans la vente d'une hérédité la L. 9, § 3 accorde la publicienne en termes formels. C'est l'universalité et non chacune des choses en particulier qui est vendue. En effet, s'il y a éviction de l'une des choses vendues, le vendeur ne sera point tenu à la garantie. Cependant la *justa causa* existe, non seulement pour l'hérédité, mais pour chacune de ces choses. L'héritier en vendant l'hérédité a vendu tout ce qui lui appartient comme héritier. Il en résulte qu'il doit livrer toutes les choses héréditaires et la vente s'applique à l'ensemble comme à chaque objet de l'hérédité. Sans doute l'héritier ne doit point *satisdare de evictione ;* mais c'est que l'intention commune des parties est que l'acheteur ait, ni plus ni moins, les mêmes droits qu'aurait eus le vendeur.

S'il s'agit d'une chose vraiment héréditaire, pourquoi l'acheteur n'aurait-il pas l'action publicienne ?

Du titre putatif.

En principe, il n'y a point de contrat sans le consentement des deux parties. Celui qui achète d'une personne en démence n'a pas une *justa causa possessionis*. Mais comme il y a ici une erreur, erreur de fait, il y a titre putatif. L'acheteur sera admis à l'usucapion et à l'action publicienne. Telle est du moins l'équitable décision d'Ulpien. Mais Paul (L. 2 § 7, D. *pro emptore*, 4, 14) qui accorde l'usucapion à l'acheteur, lui refuse la publicienne. Il y aurait donc un cas où le titre putatif, suffisant pour l'usucapion, serait insuffisant pour la publicienne.

Ulpien donne l'action publicienne à l'acheteur. Paul ne la lui refuse point en général, mais seulement contre son vendeur. Cette décision est une conséquence de la nullité du contrat. Le texte de

Paul *in fine* démontre l'exactitude de cette interprétation, puisqu'en parlant de l'action *de evictione*, le jurisconsulte ne peut se référer qu'aux rapports de l'acheteur avec son vendeur.

La *justa causa* est, en principe, une condition indispensable pour pouvoir usucaper et exercer la publicienne. Il se peut pourtant qu'elle n'existe que dans la pensée du possesseur. Cette croyance à l'existence d'une juste cause qui, en réalité, n'a point existé, suffit-elle pour donner, comme le titre réel, ouverture à l'usucapion et à l'actien publicienne ?

Dans le texte cité plus haut Ulpien et Marcellus se prononcent pour l'affirmative. Mais les opinions étaient très partagées parmi les jurisconsultes comme l'atteste Hermogénien (L. 9 D. *pro legato* XLI, 8). Si certains textes admettent la validité du titre putatif, d'autres textes lui refusent tout effet. Justinien dit aux institutes (§ 11 *de usucapionibus*) : « *Error falsæ causæ usucapionem non parit.* »

Les jurisconsultes tendent cependant à admettre l'assimilation du titre putatif au titre réel toutes les fois qu'il y a un motif d'erreur excusable et plausible. Si j'achète d'un mineur que j'ignore être tel, l'*opinio justæ causæ* suppléera *utilitatis causa*, au pouvoir d'aliéner qui manque au mineur. De même si j'achète d'un fou que je crois sain d'esprit (loi 7. § 4 et 2, h. t.) Exception est faite toutefois pour celui qui possédait *pro emptore*, selon Paul, dans la loi 48, D. *de usurp. et usucap.* Mais même en ce cas il serait inexact de prétendre que la vente putative ne conduit jamais à l'usucapion. Ulpien est d'un avis contraire en ce qui concerne l'usucapion et l'action publicienne, et s'il n'est pas très sûr comme nous l'avons vu plus haut, que Paul n'accorde point l'action publicienne, il accorde du moins l'usucapion dans ce texte isolé. L'erreur de droit n'autorise ni l'usucapion, ni l'action publicienne.

La preuve du juste titre incombe à celui qui se trouve *in causa usucapiendi* ou qui peut invoquer un motif d'erreur plausible.

§ 3. — DE LA BONNE FOI

La troisième condition, nécessaire pour l'usucapion comme pour la Publicienne, est la bonne foi, c'est-à-dire la croyance erronée que celui qui accomplit l'acte translatif de propriété a pouvoir d'aliéner : « *Bonæ fidei emptor videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.* »

Il importe de distinguer avec soin la *bona fides* et la *justa causa*. Les deux conditions sont indépendantes l'une de l'autre et concourent ensemble : *hæc debent concurrere* (L. 7. § 16 h. t.). Les jurisconsultes romains n'ont garde de les confondre, ils les mentionnent presque toujours simultanément. La distinction a un intérêt pratique au point de vue de la preuve : la bonne foi se présume toujours, c'est au défendeur à la détruire, tandis que la preuve de la *justa causa* incombe à celui qui prétend avoir usucapé.

La bonne foi résulte d'une erreur : je crois tenir une chose du véritable propriétaire, et je la tiens d'un *non dominus*. Mais toute erreur me constituera-t-elle de bonne foi ?

Il faut distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. L'erreur de droit ne peut conduire à l'usucapion, ni à la publicienne : l'erreur de fait, au contraire, peut y conduire. « *Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse ; facti vero ignorantiam prodesse constat*, L. 4, D. *De juris et facti ignorantia*). Pourquoi cette distinction ? Sans doute parce que l'erreur de droit est inexcusable, tandis que l'erreur de fait peut être plausible. Sans doute aussi parce que, comme le dit Papinien, (L. 7, Dig. ibid.) l'erreur de droit ne peut nous servir à acqué-

rir au détriment d'autrui, bien qu'elle puisse être invoquée pour éviter une perte. J'ai acheté d'un pupille non autorisé que je croyais pubère : je pourrai usucaper parce que je commets une erreur de fait. J'achète d'un pupille, dans la persuasion qu'un pupille peut aliéner sans l'*auctoritas tutoris* : je ne pourrai usucaper, car je commets une erreur de droit grossière.

A quel moment doit exister la bonne foi ? Pour l'acquisition des fruits, il faut la bonne foi à chaque perception. Pour l'usucapion, le moment de l'entrée en possession suffit : la mauvaise foi postérieure à ce moment ne nuit ni à l'usucapion, ni à la publicienne.

Telle est la règle. Elle souffre toutefois deux exceptions, l'une relative à la vente, l'autre à la donation.

La *justa causa* consiste-t-elle dans une vente, l'acheteur doit être de bonne foi, non seulement à l'*initium possessionis*, c'est-à-dire au moment de la tradition, mais encore au moment de la vente (L. 48, *De usurp. et usuc.* 41, 3) (L. 2 *pr. Pro empt.* 41, 4). Comment expliquer cette anomalie ? On a supposé que l'édit du préteur reproduisait dans ces termes : *qui bona fide emit*, la loi des XII Tables, laquelle se référait à la *mancipatio*, forme ordinaire de la vente à cette époque. La propriété était transférée au moment de la *mancipatio*, alors que la tradition serait postérieure : il fallait donc exiger la bonne foi au moment même où l'on serait devenu propriétaire, si le *mancipans* avait eu le pouvoir de transférer la propriété. Ce souvenir de la bonne foi exigée au moment de la mancipation aurait influé sur les jurisconsultes, qui l'exigèrent au moment de la vente, le droit commun continuant à s'appliquer au moment de la tradition.

Cette explication n'est qu'une simple conjecture. La véritable explication ne résiderait-elle point dans le texte de la formule employée par le préteur qui promet la Publicienne à celui qui *bona fide emit ?* Les jurisconsultes, fidèles au texte, exigèrent la

bonne foi au moment du contrat, et, comme l'acheteur devait être *in causa usucapiendi,* avoir possédé, ils l'exigèrent aussi, par application de la règle générale, au moment de la tradition.

La seconde exception a trait à la donation. Dans le cas d'usucapion *pro donato,* certains jurisconsultes exigeaient que la bonne foi eût persisté jusqu'à la fin (L. II, § 3, h. t.). Celui qui possède *pro donato,* une esclave volée, ne pourra l'usucaper, quoiqu'il soit de bonne foi, par suite du *furtum,* mais il pourra usucaper l'enfant dont l'esclave est accouchée chez lui, et aura la Publicienne, c'est-à-dire qu'au moment où il agit, sa bonne foi dure encore, c'est-à-dire qu'il ignore encore que la mère était *furtiva.* Pourquoi la règle *mala fides superveniens non impedit usucapionem* ne s'appliquait-elle point au possesseur *pro donato ?* Sans aucun doute, parce que le possesseur combat *de lucro captando,* et que la règle s'applique aux cas ordinaires dans lesquels le possesseur, acquéreur à titre onéreux, a donné ou promis quelque chose.

Le possesseur qui, par l'action publicienne, a obtenu la restitution de la chose, continue-t-il à usucaper ? Dans ce cas la bonne foi ferait souvent défaut au début de la possession. Le jurisconsulte Paul paraît au premier abord se prononcer pour la négative. (L. 15, § 2, D., De *usurp. et usucap.*) L'action publicienne vous fait recouvrer la possession, parce qu'on vous considère comme propriétaire, en vertu d'une usucapion qu'on tient pour achevée. Comment, en partant de ce fondement, ne vous mettrait-elle point à même de compléter réellement cette usucapion qu'elle suppose accomplie ? — Ce raisonnement d'un auteur ne nous persuade point. Celui qui use de la Publicienne alors qu'il est de mauvaise foi, alors qu'il sait réellement n'être point propriétaire doit-il être admis à recommencer utilement une nouvelle possession s'il n'est de bonne foi à cette époque ?

La juste cause exige le concours des deux volontés : la bonne

foi doit exister chez l'*accipiens* et non chez le *tradens*, *licet ille callido consilio vendiderit ; neque enim dolus venditoris mihi nocebit.* Sauf, si la chose étant mobilière, constituait une *res furtiva.*

Lorsque celui qui veut intenter la Publicienne a acquis la possession par un tiers, un esclave ou un fils de famille, leur mauvaise foi nuira certainement au maître ou au père, même de bonne foi. (L.7,§13,h.t.) Si, au contraire, l'esclave et le fils de famille sont de bonne foi, l'usucapion et la Publicienne ne profiteront au père ou au maître qu'autant qu'il ne sera point de mauvaise foi lors de l'entrée en possession, même à son insu, lorsque l'acquisition a lieu *peculari nomine*, ou lorsqu'il a connaissance de l'acquisition, quand celle-ci a été faite *domini* ou *ptrias nomine.*

Enfin quelle influence la bonne foi de l'auteur exerce-t-elle sur les droits du successeur ? Il faut distinguer. Un héritier ou tout autre successeur universel n'est point considéré comme ayant une possession indépendante de celle de son auteur ; il continue la possession qu'avait son auteur : il n'y a dès lors qu'une possession au début de laquelle il est nécessaire et il suffit que la bonne foi se place. Si le défunt a commencé à usucaper de bonne foi, l'héritier, malgré sa mauvaise foi, pourra utilement invoquer l'usucapion et l'action publicienne. Si le défunt a commencé à usucaper de mauvaise foi, la bonne foi de l'héritier lui sera inutile (L. 7, § 12, h. t.). *Possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem*, dit la loi 30 pr. (D. *Ex quib, caus. major.*, 4, 6). Remarquons qu'en cas de vente la bonne foi serait exigée à la fois du défunt et de l'héritier, si le premier ayant passé le contrat, la tradition avait seulement été faite à l'héritier, puisque la bonne foi est exigée au moment de la vente et au moment de la tradition (L. 7, § 17, h. t.).

Que s'il s'agit d'une transmission à titre particulier, qu'arrive-t-il ? Il n'y a plus continuation de la même possession, il y a

jonction possible de deux possessions et le successeur à titre particulier peut invoquer l'*accessio possessionum* s'il remplit personnellement toutes les conditions nécessaires à une usucapion nouvelle. Il devra donc être de bonne foi, car sa qualité de successeur à titre particulier implique une *justa causa*.

Ajoutons que la question de bonne foi ne se pose que dans l'hypothèse d'acquisition *a non domino*. La Publicienne compète à l'acquéreur d'une *res mancipi* par simple tradition tant que l'usucapion ne l'a point investi du *plenum dominium*.

Il existe toutefois une hypothèse dans laquelle la Publicienne profite à une personne qui peut n'être point de bonne foi. Cette hypothèse, prévue par le jurisconsulte Africain, se présente lorsque la possession a lieu en vertu d'un abandon noxal (L. 28, D. *de nox. act.*, 9. 4). Un esclave possédé par un tiers commet un délit. La personne lésée sait que le détenteur actuel n'est pas le véritable *dominus ;* elle n'en possèdera pas moins *pro noxæ dedito* l'esclave dont il lui est fait abandon, et usucapera à ce titre. Le simple possesseur étant soumis à l'action noxale, il fallait bien admettre que l'abandon fait par lui pourrait conférer dans tous les cas une possession utile à la victime du délit : sans quoi, ne pouvant recourir à l'abandon noxal, il eût été obligé de réparer le délit même au-delà de la valeur de l'esclave, ce qui eût été absolument injuste. Il en est de même toutes les fois où la possession résulte d'un acte de l'autorité.

§ 4. — DES CHOSES SUSCEPTIBLES D'USUCAPION

L'action publicienne est fondée sur cette idée que l'on commence à usucaper. Il faut donc qu'il s'agisse de choses susceptibles d'usucapion : *hæc actio in his quæ usucapi non possunt locum non habet* (L. 9, § 5, h. t.). La fiction de l'usucapion justifie

l'exigence de cette quatrième condition, comme celle des trois précédentes.

L'usucapion, et dès lors la Publicienne est impossible à l'égard des choses qui ne sont point *in commercio*, les hommes libres, les *res sacræ*, *religiosæ*, *publicæ*, soit de l'Etat, soit d'une ville (Gaïus, II, § 48. — L. 9, D. *Pro empt.* 41, 4). L'impossibilité d'usucaper tient ici à des motifs de bon sens et d'ordre public.

Elle tient, pour des choses *in commercio*, à certains obstacles résultant soit de la qualité du propriétaire, soit d'un vice de la chose.

A raison d'un obstacle résultant de la qualité du propriétaire, ne peuvent être usucapés : 1° Dans l'ancien droit, les *res mancipi* appartenant à une femme sous la tutelle légitime de ses agnats, et livrées par elle sans l'*auctoritas tutoris* (Gaïus, II, § 47) ; 2° Les biens du fisc, en observant toutefois que les biens provenant des successions en déshérence (*bona vacantia*) ne sont considérés comme biens du fisc et, en cette qualité, soustraits à l'usucapion qu'autant qu'ils auront été dénoncés aux agents du fisc (L. I, § 2, D. *De jure fisci*, 49, 14) ; 3° Les *prædia rustica* ou *suburbana* appartenant à un pupille, avec les distinctions résultant du sénatus-consulte de Septime Sévère ; l'aliénation directe en était prohibée en principe depuis l'*oratio Severi* en 195, et l'aliénation indirecte résultant de l'usucapion ne devait pas être permise non plus (L. I, § 1 et 2 *De reb corum qui sub tutel*, 27, 9) ; 4° Les biens quelconques des pupilles, à partir d'une constitution de Théodose le Jeune en 424 (L, 3, C. *De præs. vel quadr. ann.* 17, 39) ; 5° Le fonds dotal, à moins que l'usucapion n'ait commencé avant la constitution de la dot (L. 16, D. *De fundo dotali*, 23-5).

D'autres choses, quel qu'en soit le propriétaire, échappent à l'usucapion par l'effet d'un vice qui leur est inhérent. Les meubles volés avec ou sans violence et les immeubles occupés par violence. La prohibition remonte, pour les meubles volés, aux XII Tables

et fut renouvelée par une loi Atinia, en 557 de Rome ; elle remonte, pour les immeubles occupés par violence, à la loi Plantia de 665, qui fut renouvelée par la loi *Julia de vi*. Dans les deux cas, la défense d'usucaper ne s'adresse pas à l'auteur du vol ou de la violence, puisqu'il n'a ni *justa causa* ni *bona fides ;* elle ne concerne que les tiers qui recevraient *bona fide* la chose de lui-même ou d'un autre. Le vice s'efface par le retour de la *res vitiosa* aux mains du maître ou de son représentant, pourvu qu'il la reprenne en connaissance de cause et dans l'intention de recouvrer l'exercice de son droit. Le *servus fugitivus* est traité à l'égal d'une chose volée ; il est réputé s'être volé lui-même à son maître (L. 1, *C. de servis fug.* 6, 1).

Si une esclave volée conçoit et enfante chez le voleur, il ne pourra usucaper ni cette femme, ni l'enfant de cette femme ; l'acheteur de bonne foi de l'enfant, une fille, ne peut non plus l'usucaper puisqu'elle est *res furtiva*, mais il pourra usucaper l'enfant qu'elle a conçu chez lui (L. 11, § 5, h. t.). Il n'en est pas de même pour le croît d'une bête volée, considéré après controverse comme fruit, au même titre que le lait et la laine. Le possesseur de bonne foi faisant les fruits siens au moment de la séparation, acquiert dès la naissance, sur le croît des animaux, non pas seulement un droit à l'usucapion, mais la propriété elle-même. Au contraire, il n'acquiert jamais sur le part de l'esclave volée, alors même que la conception et la naissance ont eu lieu chez lui, qu'un droit à l'usucapion : le part, en effet, n'est pas un fruit, c'est un produit de la chose que l'usucapion peut seule lui faire acquérir.

A la différence donc du part de la femme esclave, nous déciderons, contrairement à l'avis d'Ulpien, qu'en ce qui touche le croît des animaux, on ne doit point s'inquiéter du moment de la conception, et nous dirons avec Paul : « *Et ovium fœtus in fructu sunt, et ideo ad bonæ fidei emptorem pertinent, etiam si prægnantes venierint, vel subreptæ sint.* » (L. 48, § 2, D., *De adq. rer. dom.*)

Tout ce qui s'unit et s'assimile comme accessoire à un objet, relativement auquel la publicienne m'est ouverte, y sera soumis : elle s'étendra, par exemple, à l'alluvion qui s'ajoute au fond, au bras joint à la statue à l'aide du martelage, lorsque je possède le fonds et la statue de bonne foi, lors même que je serais de mauvaise foi à l'égard des *accessoria* (L. 11, § 7 et 8, h. t.). Vis-à-vis d'eux mon droit est définitif : une séparation ultérieure ne détruirait pas mon droit à l'usucapion et à la publicienne, parce qu'ils ont perdu leur nature première et que l'incorporation est complète. Mais il n'en sera pas de même si l'incorporation n'est que provisoire, si l'objet s'est simplement réuni à titre d'accessoire, sans s'être confondu avec le principal, sans s'être assimilé à lui sur un terrain possédé de bonne foi. Je construis avec des matériaux volés. La publicienne, s'étendra sur le tout, tant que la maison restera debout. Que si les matériaux viennent à en être détachés, ils reprendront leur nature première et vis-à-vis d'eux je n'aurai plus la publicienne.

Inversement j'emploie des matériaux achetés de bonne foi à la réparation d'une maison possédée de mauvaise foi. Ce n'est que du jour de la destruction de la maison, qu'ils reprendront une existence propre, et que mon action publicienne pourra s'y appliquer, si j'ai perdu la possession : *Œdibus emptis, si fuerint dirutæ, ea quæ œdificio accesserunt, hujusmodi actione petenda* (L. 11, § 6, h. t.). Il faudrait décider de même dans le cas où un bras acheté de bonne foi aurait été soudé *per adplumbaturam* (par l'interposition d'un métal étranger) à une statue ayant le caractère de *res furtiva*.

Nous avons vu jusqu'ici que la publicienne n'est admise qu'autant que l'usucapion est possible. Étudions les exceptions, c'est-à-dire qu'il est des cas où la publicienne est ouverte alors même qu'il ne pourrait y avoir lieu à usucapion.

1° C'est ainsi que le préteur accorde la publicienne à raison des

servitudes constituées par voie de simple quasi-tradition. Cette tradition ne pouvait, depuis la loi *Scribonia*, servir de point de départ à une usucapion. Nous lisons cependant dans la L. 11, § 1, h. t. que la publicienne peut être donnée pour recouvrer un usufruit ou une servitude prédiale constitués par simple *quasi-tradition* ou exercés *patientia domini*, et cela sans distinguer si la *tradition* et la *patientia* sont le fait du propriétaire où si elles émanent *a non domino* au profit d'un *juris possessor* de bonne foi. De même que la publicienne proprement dite est une revendication fictice, de même nous avons ici une action *confessoria* fictice.

2° La publicienne est aussi donnée à celui qui a acquis de bonne foi, et d'un autre que le propriétaire, un fonds provincial, un droit d'emphythéose ou de superficie (L. 12, § 2 et 3, h. t.).

L'impossibilité d'usucaper tenait, dans ces deux ordres d'hypothèses, à la rigueur de règles arbitraires et subtiles : aussi le préteur, bien que l'usucapion ne fût point possible, jugea-t-il équitable d'accorder la publicienne. Du reste, il s'agit ici de choses qui comportent, à défaut de l'usucapion, la *præscriptio longi temporis*, qui, ayant élargi le domaine de l'usucapion, eut pour résultat d'agrandir le domaine de la publicienne. Toutefois, cette action n'étant plus fondée sur la fiction d'une usucapion accomplie, doit être considérée comme *utilis* et dépourvue de sa formule ordinaire. En quoi consistait la modification de la formule ? On l'ignore ; peut-être que la possession ou la quasi-possession étaient supposées avoir duré le temps requis pour la *longi temporis præscriptio*.

CHAPITRE III

Contre qui est donnée la Publicienne ?

L'action publicienne se donne en principe contre un possesseur quelconque : elle pourra donc se donner même contre le propriétaire quiritaire, parce que la prétention exprimée dans l'*intentio* est vraie à l'égard de tous. Cette action, toutefois, ne triomphera pas contre tout le monde. Il faut distinguer :

I. L'action est intentée contre un possesseur qui n'est pas propriétaire quiritaire ;

II. Elle est intentée contre le propriétaire quiritaire lui-même.

I. — Si tout d'abord ce possesseur n'est point *in causa usucapiendi*, le demandeur triomphera certainement. Mais il peut se faire que les deux adversaires en présence soient *in causa usucapiendi*. Leurs titres sont, en quelque sorte, égaux. Dans ce cas, deux hypothèses :

1° Les acheteurs ont acquis de bonne foi la chose *ab eodem non domino*. Si l'un d'eux, Primus, qui a possédé, intente contre Secundus, possesseur actuel, l'action Publicienne, lequel doit triompher ? Celui qui, le premier, a été mis en possession. En effet, Primus triompherait contre l'ayant cause de son vendeur, si son vendeur était propriétaire, car celui-ci ne pouvait transmettre au second possesseur, des droits plus larges que ceux dont lui-même était investi après la première tradition opérée à Primus. Primus triomphera-t-il contre cet ayant cause, si son

vendeur n'est point propriétaire ? Défendeur à la Publicienne intentée par le vendeur, Primus opposerait l'*exceptio rei venditæ et traditæ ;* si Primus intente la Publicienne contre Secundus, possesseur actuel, à l'exception que ce dernier fondera sur sa possession *ad usucapionem,* il lui répliquera que cette possession ne peut lui créer une situation meilleure que celle de leur auteur commun, et que cet auteur serait tenu vis-à-vis de lui, Primus à la garantie.

2° Les acheteurs tiennent leur droit de deux vendeurs différents, non propriétaires. Qui sera préféré ? Celui qui possède actuellement. L'antériorité de la tradition est ici indifférente, le deuxième vendeur n'étant point l'ayant cause du premier. Les deux adversaires ont donc des droits égaux, seulement l'un possède, et il faut, en ce cas, appliquer la maxime *in pari causa melior est causa possidentis.* Telle est l'opinion de Julien et d'Ulpien (L. 9, § 4, h. t.) en désaccord avec Nératius qui se prononce, au contraire, pour celui qui a été mis en possession le premier (L. 31, § 2, *De act. empt.* 19, 1).

Les deux opinions sont inconciliables, et c'est en vain qu'on a prétendu que Julien et Nératius avaient en vue des hypothèses distinctes. Nératius n'aurait point visé l'hypothèse où l'un des acheteurs agit contre l'autre, mais celle où aucun n'étant en possession, tous deux veulent agir contre un tiers possesseur. Quelle peut être, à l'égard de ce tiers, l'influence de l'antériorité de tradition ? On ne le comprend pas.

L'opinion de Julien et d'Ulpien paraît plus juridique. Il faut admettre que le texte de Nératius n'a été conservé dans les Pandectes que par une pure inadvertance des commissaires de Justinien.

II. — Voyons le cas où la Publicienne est intentée contre le propriétaire quiritaire.

Il faut, tout d'abord, poser ce principe que l'action publicienne n'a pa eu pour but de dépouiller le propriétaire véritable de sa chose. Il opposera, avec succès, l'exception *justi dominii*, à moins qu'il ne se trouve dans l'un des cas que nous allons étudier. Si la demande est injuste, le propriétaire paralysera la Publicienne intentée contre lui, en faisant insérer dans la formule cette exception ainsi conçue : *à moins que le défendeur ne prouve qu'il est propriétaire* (L. 16 et 17, h. t.). L'exception *justi dominii* est inutile contre la revendication, puisque le défendeur, par une défense au fond, nie l'*intentio* en affirmant son droit. Elle est, au contraire, nécessaire pour repousser la Publicienne, où l'allégation du demandeur qu'il serait devenu propriétaire, s'il avait possédé le temps requis, n'est point directement contredite par l'allégation du défendeur qui affirme sa propriété actuelle : l'exception *justi dominii* permettra à ce dernier de porter la discussion sur ce terrain, ce qu'il n'aurait pu faire autrement. Le demandeur devra, à son tour, renverser l'exception par une réplique, la *replicatio doli mali* ou *rei venditæ et traditæ*.

Exceptions au principe :

1° Primus a simplement livré à Secundus une *res mancipi* dont celui-ci lui a payé le prix. Primus conserve le *dominium ex jure Quiritium*. Le propriétaire recouvre la possession de la chose. Secundus intente la publicienne, et, à l'exception *justi dominii*, répondra avec succès par une réplique, la *replicatio rei venditæ et traditæ* ou *doli mali*.

Cette première exception n'existe plus sous Justinien.

2° Le défendeur actuel avait livré la chose alors qu'il n'avait aucun droit sur elle, mais il en acquiert plus tard la propriété soit par voie d'hérédité, soit par voie d'achat. Il recouvre la possession. L'acheteur qui était *in via usucapiendi* intente la Publicienne et

à l'exception *justi dominii* qui lui est opposée, répondra avec succès par la *replicatio rei venditæ et traditæ.* (L. 72, *de rei vindic.*)

Ce même vendeur, devenu propriétaire postérieurement à la première vente, supposons-le, transfère la propriété à un second acheteur. Il n'avait que le *nudum jus Quiritium* et n'a pu lui transmettre un droit plus efficace. Ce second acheteur échouera comme demandeur à la revendication ou comme défendeur à la Publicienne, par l'exception ou réplique « *si non auctor tuus mihi possessori eam rem vendidit et tradidit* (L. 4, § 32 *de doli mali et metus exceptione.*)

3° (L. 14, h. t.) Un propriétaire a donné mandat de vendre une chose, puis, la chose vendue, il défend à son mandataire de livrer. Celui-ci livre pour accomplir l'obligation de la vente déjà faite. L'acheteur n'a point acquis le *dominium*, puisque la tradition a été faite malgré le propriétaire. Le mandant reprend possession de sa chose. L'acheteur intentera la Publicienne et à l'exception *justi dominii*, répliquera : *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit.*

4° Le demandeur à la Publicienne triomphera contre le propriétaire à l'aide de la réplique *rei judicatæ.* J'ai acheté une chose *a non domino* : le propriétaire m'actionne, et il est jugé que la chose ne lui appartient point. Si, plus tard, il rentre en possession de la chose, j'intente contre lui la Publicienne et à l'exception *justi dominii*, je lui opposerai avec succès la réplique *rei judicatæ* (L. 24, D. 44, t. 2).

5° (L. 28, D., de *noxalibus act.*) Je vous abandonne noxalement l'esclave que je possède de bonne foi, ou bien je ne me présente point pour le défendre à l'action noxale, et le préteur vous autorise à l'emmener. Dès lors vous le possédez *ad usucapionem*, et défendeur à la revendication ou demandeur à la Publicienne vous aurez contre moi une exception ou une réplique de dol. Vous n'avez

même pas besoin d'être de bonne foi, car je vous ai transmis mon droit tel qu'il était et vous êtes, comme j'étais moi-même, in *causa usucapiendi*.

6° (L. 57, *Mandati*, D. 17, 1). Le plus intéressant exemple des cas où l'exception *justi dominii* peut être repoussée avec succès par une réplique est celui-ci : Un marchand d'esclaves, avant son départ de Rome, donne mandat à quelqu'un de vendre des esclaves. Le mandataire meurt, et ses héritiers, ignorant que cet événement a éteint le mandat, ont, de bonne foi, pour remplir le mandat confié à leur auteur, vendu les esclaves.

Comme le mandat était dissous, la propriété des esclaves n'a pu être transférée à l'acheteur : d'autre part les esclaves ne sont point *res furtivæ* et sont susceptibles d'être usucapés par l'acquéreur. Le marchand d'esclaves, à son retour, trouve les esclaves usucapés. Mécontent du marché il veut agir par la Publicienne contre l'acheteur devenu propriétaire. Peut-il réussir ? Papinien répond affirmativement, car si l'acheteur sollicite l'exception *justi dominii*, elle lui sera refusée par une raison d'équité, cette exception n'étant accordée qu'en connaissance de cause et non à tout propriétaire indistinctement. Si toutefois le préteur ne croit point devoir refuser l'exception, il donnera en même temps, pour en détruire l'effet une *replicatio in factum composita*. Le marchand d'esclaves ne saurait être victime de l'erreur ou de l'impéritie des héritiers de son mandataire : il obtiendra une *restitutio in integrum* contre l'usucapion de ses adversaires.

Comment l'action intentée par l'absent de retour est-elle, dans notre espèce, la Publicienne ? Sans doute parce que, à son départ il était seulement *in causa usucapiendi*, peut-être parce que, devenu propriétaire, il avait préféré l'emploi de la Publicienne à celui de l'usucapion.

Il peut se faire cependant que ce marchand d'esclaves ne se soit jamais trouvé en position d'usucaper ni, par suite, d'user de la

Publicienne. Il est propriétaire et en cette qualité a droit à l'action en revendication. Pour la recouvrer, il aura encore intérêt à demander la rescision de l'usucapion sous la forme d'une action *in rem fictitia*. C'est l'action *in rem rescissoria* qui ne se confond point avec l'action publicienne puisqu'elle repose sur une fiction inverse : au lieu de réputer accomplie une usucapion qui n'est que commencée, le préteur considère comme non avenue une usucapion qui est complètement achevée.

Le préteur accorde l'action *in rem rescissoria* à quelqu'un qui n'a peut-être jamais rempli les conditions exigées pour la Publicienne. Celui qui avait acquis la chose par *mancipatio* ou *in jure cessio* aura recours à la première de ces deux actions, décrite au § 5, *de actionibus* des Institutes. Au contraire l'action de la loi 57 Mandati expliquée plus haut, est la Publicienne ordinaire accordée à un absent de retour, déjà *in causa usucapiendi* avant son départ et contre laquelle le préteur, pour des motifs d'équité, ne permet pas d'invoquer efficacement l'usucapion accomplie.

Nouvelle différence de l'action rescisoire d'usucapion et de l'action publicienne : l'action rescisoire d'usucapion était limitée à la durée d'une année parce qu'elle était contraire au droit civil, l'action publicienne, au contraire, était perpétuelle parce qu'elle était donnée en conformité du droit civil. L'action publicienne toutefois devenait annale lorsque son exercice était subordonné à la rescision de l'usucapion accomplie, parce qu'alors elle était donnée *contrà jus civile*.

Quelle utilité présentait la perpétuité de la Publicienne puisque l'usucapion, en un ou deux ans transformait en propriété le droit du demandeur et lui conférait la *rei vindicatio civilis ?* Nous avons démontré qu'elle compétait au propriétaire lui-même et paraît être plus avantageuse que la revendication, et d'autre part qu'elle s'appliquait en des hypothèses où l'usucapion n'était point admise, par exemple, en faveur des possesseurs de fonds provinciaux.

Mais entre l'action publicienne et l'action *in rem rescissoria* des Institutes, n'y a-t-il cependant aucun intermédiaire ? L'édit publicien ne contenait-il aucune disposition en dehors de celle qui accordait une action au possesseur *in causa usucapiendi ?*

Selon un ingénieux interprète, cet intermédiaire devait exister dans l'édit, et l'action réelle rescisoire n'en serait que le dérivé. Cet interprète se fonde sur le § 3, *de act.* Inst., IV, 6, dans lequel Justinien annonce qu'il va donner des exemples d'actions réelles établies par le droit prétorien : « *Ecce plerumque ita permittit in rem agere, ut vel actor diceret se quasi usucepisse, quod usu non ceperit, vel ex diverso, possessor diceret adversarium suum non usucepisse quod usuceperit.* »

Le § 5, qui se relie au § 3 *in fine* par les mots *ex diverso*, indique le cas dont il s'agit : Ce § 5 suppose que la rescision de l'usucapion est accordée à une personne habitant la ville de Rome, et qui n'a pu faire reconnaître son droit parce que le possesseur était absent de Rome *reipublicæ causa* ou en captivité chez l ennemi. Lorsque, depuis l'accomplissement de l'usucapion, l'ancien propriétaire avait recouvré la possession de sa chose et qu'il était pouruivi par l'*usucapiens* de retour à Rome, alors *possessor dicebat adversarium suum non usucepisse quod usuceperit.* Telle est l'hypothèse.

Ainsi, d'après le texte du § 3 *in fine*, la rescision de l'usucapion est admise au profit d'un possesseur, par conséquent du défendeur à une action réelle. C'est donc par voie d'exception que le bénéfice de la rescision lui est acquis. Le passage de l'ouvrage auquel les rédacteurs des Institutes ont emprunté le § 3, devait être conçu en ces termes : « *... Permittit in rem agere vel excipere ut....* » Mais comme au temps de Justinien c'était une action, et non plus seulement une exception que l'on donnait contre l'absent de retour, ils ont supprimé les mots *vel excipere.* La const. 2, *de annali except.*, 7, 40, avait en effet rendu sans utilité la restitution donnée

contre les absents ; et désormais il était permis d'interrompre l'usucapion en adressant une réclamation au président de la province.

L'édit publicien contenait dans une double disposition : l'une créant une action au profit des personnes *in causa usucapiendi* qui avaient perdu la possession ; l'autre accordant une exception rescisoire de l'usucapion à celui que l'absence forcée du possesseur avait empêché d'agir en temps utile. Ce n'est que longtemps après que le préteur, au lieu d'accorder seulement une exception rescisoire de l'usucapion, accorda une action contre l'absent de retour à Rome. Cette action put être intentée même quand l'absence n'avait point de cause légitime.

DROIT CIVIL

DROIT CIVIL

LES RETRAITS DANS L'ANCIEN DROIT

Maillart, sur la coutume d'Artois, tit. 3, n° 5, dit que « le Retrait en général est une faculté accordée à une personne de se faire subroger à la place de l'acheteur de la chose sujette à retrait. en remboursant à l'acheteur le prix principal, les frais et loyaux coûts légitimement faits à l'occasion de l'achat. »

Les retraits étaient fort nombreux dans notre ancien droit. Leur objet était de perpétuer les biens dans les familles. Ils étaient étroitement liés au régime féodal et concouraient à en assurer le maintien. Deux retraits dominaient les autres par leur importance et leur ancienneté : le retrait féodal et le retrait lignager.

Le retrait féodal tenait à l'ensemble des principes sur lesquels était fondé l'ancien régime et dérivait de la nature des relations qui existaient entre le vassal, détenteur d'un fief, et le suzerain. Si le vassal vendait son fief, le seigneur suzerain avait la faculté fort exhorbitante de rentrer en possession de la terre et de la réunir au fief dominant, d'évincer en un mot le nouvel acquéreur,

à la seule condition de rendre ce dernier indemne en lui remboursant le prix de son acquisition ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat. Le droit du seigneur de se substituer ainsi à l'acquéreur et de prendre le marché à son compte est ce que l'on nommait le *retrait féodal*.

Le retrait lignager tendait à retenir la possession des immeubles fonciers dans les familles. Il ne s'exerçait point sur les acquêts, mais uniquement sur les propres, c'est-à-dire sur les héritages « advenus par succession directe ou collatérale, ou par donation de quelqu'un des ascendants (1) ». Il en était du moins ainsi dans la plupart des Coutumes, dans celles de Paris et d'Orléans notamment. Les biens de cet ordre étaient les biens patrimoniaux proprement dits, auxquels on supposait que chaque membre attachait un prix d'affection particulier. Quand un immeuble de la provenance qui vient d'être indiquée, était aliéné par son propriétaire, tout parent de l'aliénateur, pourvu qu'il appartint à la ligne de l'hérédité de laquelle l'immeuble était advenu, pouvait exercer le retrait lignager, c'est-à-dire évincer l'acquéreur, à moins que celui-ci ne fût lui-même lignager, et prendre la vente à son compte en en payant le prix et remplissant les différentes conditions du contrat. Le retrait appartenait au plus diligent et la priorité de la poursuite décidait de la préférence entre les parents qui se présentaient pour user de ce droit.

Les retraits, tels qu'ils existaient dans notre ancien droit, devaient disparaître avec l'état social qui les avait engendrés. Pendant la Révolution, plusieurs lois proclamèrent l'abolition des retraits. La loi du 15-28 mars 1790, tit. I, art, 10, décide : « Le retrait féodal, le retrait censuel, le droit de prélation féodale ou censuelle et le droit de retenue seigneuriale, sont abolis. » Cette loi fut suivie d'un grand nombre d'autres lois ou décrets, renou-

(1) Pothier, *Traité des retraits*, Partie 1, chap. III, p. 307.

velant cette abolition, conçus dans les termes les plus généraux. Mais les divers retraits qui subsistent dans notre Code civil, inspirés d'un esprit tout différent, n'étant point considérés, dans l'ancien droit, comme des retraits, échappèrent à la suppression générale. Les lois et décrets révolutionnaires n'étaient dirigés, malgré la généralité de leurs expressions, que contre les retraits liés au système féodal, aux distinctions de castes, ou aux priviléges de naissance et de masculinité.

Le législateur du Code civil a conservé trois sortes de retraits : le retrait litigieux, le retrait successoral et le retrait d'indivision, définis par les art. 1699, 841 et 1408. Nous allons étudier successivement chacun d'eux.

I

Du retrait litigieux.

La loi a défini, dans l'art. 1699, le droit de retrait litigieux : « Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire « tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel « de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts « à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession « à lui faite. »

Tel est donc le retrait litigieux : il consiste dans la faculté, accordée à celui contre lequel un droit litigieux a été cédé, de s'en faire tenir quitte par le cessionnaire en lui remboursant le prix de la cession augmenté de quelques accessoires. Celui qui exerce le retrait litigieux, s'appelle le retrayant, celui qui le subit, le cessionnaire, s'appelle le retrayé. Au cessionnaire dont l'achat

est ainsi détruit, se substitue le débiteur qui est censé avoir lui-même racheté sa dette du créancier et avoir transigé avec lui pour la somme portée en la cession.

Le retrait litigieux a son origine dans les célèbres lois *Per diversas et Ab Anastasio* (L. L. 22 et 23, C. *Mandati*). La loi d'Anastase décidait qu'aucun cessionnaire d'une créance, lorsque la cession avait eu lieu à prix d'argent, ne pouvait exiger du débiteur plus que le prix qu'il avait payé ; la différence entre le prix et le montant de la créance était une perte pour le cédant et un bénéfice pour le cédé, qui, au moyen de l'exception *legis Anastasianæ*, pouvait réduire au prix payé la demande du cessionnaire en remboursement de la créance. L'empereur Anastase dans la loi 22 n'avait sanctionné cette disposition que pour le cas de vente. Du temps de Justinien, il paraît qu'on avait éludé la loi par des donations simulées, c'est-à-dire, en transportant partie de la créance à titre de vente, partie à titre de donation. La loi 23 de Justinien vint compléter la loi d'Anastase, et empêcher ce détour, en disposant qu'en pareil cas la créance ne devait pas s'estimer dans la proportion de la partie vendue, mais que le cessionnaire, pour tout paiement, devait être satisfait de la somme qu'il avait payée au cédant, de manière, dit la loi, que la partie cédée à titre gratuit ne profita ni au cédant, ni au cessionnaire. Le débiteur profitait donc de la différence et il n'existait plus même d'obligation naturelle.

Ces lois avaient pour but d'empêcher que des agents d'affaires ou de mauvais légistes ne trafiquassent des prétentions incertaines et ne parvinssent, en leur qualité de cessionnaires, à inquiéter les débiteurs et à leur arracher par leurs vexations, des concessions ou transactions où l'esprit de chicane et de spéculation devait toujours triompher de la bonne foi et de l'ignorance. Tels sont aussi les motifs qui ont inspiré la loi française, mais si ces motifs étaient les seuls, ils ne suffiraient point à justifier dans le

retrait litigieux une aussi profonde atteinte au droit de propriété. En établissant le retrait litigieux, le législateur s'est résigné à ce sacrifice du droit de propriété parce qu'il y a un intérêt social en cause, la diminution du nombre des procès. Il est certain toutefois qu'on fait subir au retrayé une véritable expropriation dans un intérêt privé : or, l'expropriation ne peut avoir lieu que pour cause d'utilité publique. « Ce retrait, dit Pothier, est très équitable ; le bien de la paix exige que le débiteur qui, en prenant pour lui le marché, éteint le procès auquel la dette litigieuse devait donner lieu, soit préféré, pour ce marché, à un odieux acheteur de procès. » Pothier signale avec raison le caractère d'utilité sociale du retrait litigieux. Il paraît juste, en effet, que si celui qui avait le droit a consenti à s'en priver moyennant un prix inférieur à la valeur nominale de ce droit, ce soit plutôt l'autre partie qui en bénéficie qu'un étranger. Quant au vendeur, il est désintéressé dans la question, puisqu'il a consenti à abandonner son droit moyennant une certaine somme et que cette somme lui sera toujours payée.

Nous examinerons, dans l'étude du retrait litigieux, les trois questions suivantes :

1° Conditions du retrait litigieux ; — 2° Quand le retrait doit-il ou peut-il être exercé ; — 3° Les effets du retrait ; les exceptions au droit de retrait.

1° *Conditions du retrait litigieux.*

Pour qu'il y ait lieu au droit de retrait, il faut deux conditions : 1° le droit litigieux doit avoir été *cédé ;* 2° le droit *cédé* doit être litigieux.

1° Le mot *cession* est synonyme du mot vente, ainsi que le prouve l'art. 1692 : d'ailleurs, le texte de l'art. 1699 le dit implicitement en exigeant de celui qui veut exercer le retrait qu'il rembourse le *prix* de la cession. Une cession à titre onéreux est donc néces-

saire (1); mais doit-on étendre à tout contrat onéreux, par exemple, à l'échange, ce que la loi a dit de la vente ? Nous ne le croyons pas, bien qu'il y ait même motif de décider. La disposition de l'article 1699 est exceptionnelle : elle a un caractère trop exhorbitant pour pouvoir être étendue en dehors de ses termes.

La donation d'un droit litigieux échapperait sans aucun doute à l'application de la loi (2), car la condition sous laquelle le retrait peut être exercé, ne saurait ici être remplie. L'esprit de la loi, d'ailleurs, ne laisse aucun doute à cet égard : le donataire de droits litigieux ne spécule point et ne sera point porté à vexer les tiers pour s'enrichir à leurs dépens Il suffit donc que la donation soit sérieuse, et si elle ne l'était point, son caractère frauduleux pourrait être prouvé par tous les moyens de droit. On doit s'attacher à la réalité des actes plutôt qu'à l'apparence que les parties cherchent à leur donner.

Mais que décider en ce qui concerne les donations faites avec charges ? Ces donations sont de véritables libéralités quand le montant de la donation est supérieur à la valeur des charges (3). Dès qu'il y a libéralité, l'art. 1699 est inapplicable. Ce n'est point le donataire qui a pris l'initiative de cette libéralité, il n'a point l'intention de spéculer suspecte au législateur : il a pu, sans faire un marché odieux, se soumettre à certaines charges. Ces principes ne sont point accceptés par tous les auteurs : les uns considèrent la donation avec charges comme une vente, et, à ce titre, admettent le retrait; les autres y voient un contrat, partie à titre gratuit, et partie à titre onéreux, et par suite admettent le retrait pour la part correspondant à la valeur de la charge et le refusent pour le surplus. Nous sommes d'avis, quant à nous, que les tribunaux

(1) Troplong, 11, 1001 ; Duvergier, 11, 370.

(2) En ce sens ; Req. 8 janvier 1824 ; — Toulouse, 13 déc. 1830, S. 31, 2, 294 ; — Sic. Duvergier, n° 388 ; Duranton, t. 16, n° 537.

(3) En ce sens : Req. 4 juin 1834.

ont en pareille matière un pouvoir souverain d'appréciation (1). Les juges n'ont qu'à examiner une question : l'opération, malgré les charges imposées par le donateur, perd-elle son caractère de donation ? La jurisprudence s'est du reste prononcée en ce sens : « Le retrait autorisé par la loi, dit la cour de Caen, a pour but « principal, non-seulement d'éteindre les procès, mais encore de « mettre fin à l'avidité de ceux qui profitent de l'ignorance et de la « faiblesse de certaines personnes pour leur faire vendre des « droits embarrassés et litigieux. Ce serait étrangement contrarier « ce but moral et honnête que d'appliquer le retrait à des actes de « bienfaisance et de générosité ; celui qui l'exerce peut bien se « substituer à l'acquéreur gratifié pour l'acquittement des charges « qu'il a contractées, mais il ne peut pas se substituer à lui dans « l'affection du bienfaiteur. »

Telle est donc la première condition pour l'exercice du retrait : il faut que le droit litigieux ait été cédé, vendu.

2° Etudions maintenant la deuxième condition, à savoir : le droit cédé doit être litigieux. Il faut tout d'abord se demander ce qu'il faut entendre par droit litigieux.

Des difficultés graves s'étaient élevées sur ce point dans notre ancien droit. Pour les faire cesser, l'art. 1700 a défini le droit litigieux : « La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit. » Le mot *censée* est synonyme de *considérée comme*. Deux conditions sont donc nécessaires pour qu'un droit doive être considéré comme litigieux : ces deux conditions sont nécessaires et suffisantes (2). Il peut y avoir procès sans que le fond du droit soit contesté ; il n'y aura pas lieu au retrait. Inversement, le droit est-il contesté ? S'il n'y a point procès, il n'y aurait point lieu au retrait.

(1) Duvergier, 11, 388, Req. rej., 15 mars 1826 ; Sir., 26, 1, 397. — Toulouse, 13 déc. 1830, Sir., 31, 2, 294.

(2) Dijon, 22 déc. 1876 ; Sir., 77, 2, 72.

A. *Nécessité d'un procès au moment de la cession.* — Cette disposition de l'art. 1699 : nécessité d'un procès pour que le droit soit litigieux au sens de notre article, est une dérogation à l'ancien droit. Une créance y était considérée comme litigieuse, lorsqu'elle était contestée ou *pouvait l'être*, par le prétendu débiteur, que le procès fût déjà commencé ou non, mais *qu'il y eut lieu de l'appréhender.* Il ne suffit plus aujourd'hui qu'il y ait lieu d'appréhender le procès, il faut qu'il y ait procès, et cette disposition du code est plus logique puisqu'elle tend à mettre fin aux procès. Une simple citation en conciliation serait insuffisante, elle ne peut être considérée comme le premier acte d'un procès, puisqu'elle a précisément pour but de le prévenir. Alors même que les parties ne se concilieraient pas devant le juge de paix, il n'y aurait point encore procès, car souvent la contestation n'a point de suite, et le refus du débiteur peut n'être qu'un moyen dilatoire pour éluder l'exécution de ses engagements. Ce n'est que lorque la demande est portée devant les tribunaux que le doute cesse : le procès existe dès ce jour. Il ne suffit pas qu'il y ait procès à un moment quelconque pour que le retrait puisse être exercé, il faut que le vendeur cède un droit litigieux, que l'objet de la vente soit un procès. Si donc c'est le cessionnaire qui intente le procès, le cessionnaire n'a point acheté un procès et le droit n'est point litigieux. Le vendeur déclarât-il céder un droit litigieux, il en serait encore ainsi, et même la vente eût-elle été faite aux risques et périls de l'acheteur, car la vente n'aurait point été celle d'un procès.

La jurisprudence admet, toutefois, l'exercice du retrait litigieux après que le litige est terminé, lorsque la cession a été tenue cachée par le cessionnaire pendant toute la durée du procès (1). Il y a

(1) Rouen, 16 mars 1812 ; Cass., 3 janvier 1820 ; Bordeaux, 6 juillet 1838. Req. 29 avril 1834, S. 1, 294.

alors, de la part du cessionnaire, une fraude à la loi dont il ne doit point profiter.

B. *La contestation doit exister sur le fond du droit.* — Il ne suffit point qu'il y ait procès, il faut, en outre, pour rendre un droit litigieux, que le fond du droit soit contesté.

Mais que faut-il entendre par contestation sur *le fond du droit ?* Pour qu'une contestation judiciaire ait ce caractère, il faut que les moyens opposés par le défendeur à la prétention de son adversaire mettent en question l'existence même du droit invoqué par ce dernier, c'est-à-dire que le défendeur soutienne que le droit du demandeur n'a jamais existé, ou qu'il n'existe plus. Ainsi, il y aura contestation sur le fond du droit, si le défendeur prétend que la dette a été payée ou qu'elle est compensée au moyen des indemnités qu'il a le droit de réclamer contre son créancier : dire en effet qu'une dette est compensée, c'est dire qu'elle n'existe pas. De même, si le débiteur prétend que sa dette est éteinte par la prescription. Dans ces divers cas, le litige porte sur le fond même du droit.

Cependant, ajoutons-le, il n'est point nécessaire, pour que le droit soit litigieux, que l'existence de tout le droit soit contestée ; si le débiteur, tout en reconnaissant sa dette, en conteste l'étendue ou la quotité, il nie la dette partiellement ; le litige porte donc sur l'existence de la dette et, par suite, il y a contestation sur le droit.

Nous avons ainsi examiné les deux conditions requises par la loi pour qu'il y ait droit litigieux : existence d'un procès et contestation sur le fond du droit antérieur à la cession. Le juge du fait doit constater, dans sa décision, l'existence de cette double condition, à moins que la preuve de la contestation sur le fond du droit ne résulte des documents du procès (1).

(1) En ce sens : Cass., 11 décembre 1866 ; D. P. 66, 1, 424.

Les deux conditions qui viennent d'être indiquées sont nécessaires et suffisantes pour qu'un droit soit considéré comme litigieux. Quand elles existent, le juge ne pourrait pas décider que le droit n'est pas litigieux, parce que la contestation n'est pas sérieuse; et, en sens inverse, quand elles ne se trouvent pas réunies, le juge ne pourrait pas déclarer que le droit est litigieux; sous prétexte qu'il est susceptible d'être contesté sérieusement et qu'il le sera probablement. La définition que l'article 1700 donne du droit litigieux, lie le juge. Elle a été écrite précisément en vue de faire cesser les incertitudes, qui s'étaient élevées dans notre ancienne jurisprudence sur le point de savoir à quels caractères on peut reconnaître les droits litigieux. Notre législateur a pensé, et non sans raison, que la meilleure loi est celle qui laisse le moins de place à l'arbitraire du juge.

Etudions maintenant la question de savoir si toute cession d'un droit litigieux peut donner lieu à l'exercice du retrait. Cela revient à nous demander ce qu'il faut entendre par le mot *droit*. Le retrait s'exerce-t-il contre tout droit, personnel ou réel, mobilier ou immobilier? La cour de Bruxelles, par un arrêt du 21 décembre 1821, a jugé que le droit de retrait ne s'applique qu'à la cession de droits de créance et non à une action tendant à recouvrer un immeuble. La cour de Bruxelles donnait ce sens restreint au mot *droit* dans l'article 1699, parce qu'il se trouve placé sous la rubrique du chapitre qui traite spécialement des droits de créance. L'argument n'a aucune portée, car la classification n'est nullement une loi. L'article 1690 prescrit un mode de publicité pour les droits de créance; on ne peut en conclure que l'article 1699 doit être limité aux droits mobiliers; il n'y a en effet aucun rapport, ni d'origine, ni d'objet, entre les deux dispositions. L'article 1690, suite de l'article 1689 qui parle du transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, en un mot d'un droit contre une personne, diffère en son texte de l'article 1699 qui

parle en termes généraux d'un *droit*, partant de toute espèce de droit. Quant à l'esprit de la loi, il exclue, comme le texte, toute distinction : n'y a-t-il pas autant de cupidité à acheter un procès immobilier qu'à acheter un procès mobilier. Enfin, l'article 1701 est décisif en faveur de notre interprétation, car il indique comme une exception au droit de retrait la cession faite au possesseur de l'*héritage* sujet au droit litigieux ; c'est donc qu'un droit réel peut faire l'objet d'une cession ; or, l'exception porte sur la règle et implique, par conséquent, que la règle comprend les droits immobiliers (1).

Le droit de retrait doit-il aussi s'appliquer à la vente d'un immeuble dont la propriété est litigieuse? Le texte de la loi semble au premier abord ne point s'appliquer à ce cas, puisqu'il parle d'un droit litigieux et non d'une chose dont la propriété est litigieuse. Il faut répondre que ce n'est pas la cession d'un droit considéré d'une manière abstraite que la loi réprouve ; elle considère comme odieux le marché qui a pour objet un droit litigieux, c'est-à-dire un procès. Qu'importe après cela que la vente ait pour objet l'immeuble dont la propriété est soumise au procès ou le droit que le vendeur prétend avoir sur l'immeuble? Celui qui vend un immeuble dont la propriété lui est contestée, vend réellement le droit qu'il prétend avoir, plutôt que la chose, et par suite il vend un droit litigieux (1), Que celui qui cède l'immeuble, le possède ou non, d'ailleurs, peu importe, car il ne livre toujours qu'une prétention, et s'il est jugé qu'il n'est point propriétaire de l'immeuble, sa prétention, quoique appuyée sur la possession, ne représentera rien pour le cessionnaire. On peut donc conclure que le droit au retrait doit toujours être accordé lorsqu'il y a vente d'un procès.

(1) Sic : Cass. 25 nov. 1818 ; Sir 19, 1, 205. — Delvincourt, t. 3, p. 171. *Contrà :* Troplong, t. 2, n° 1001 ; Duvergier, t. 2, n° 379.

CHAPITRE II

Quand le Retrait doit-il ou peut-il être exercé? Quelles sont les obligations du Retrayant?

La loi n'a fixé aucun délai pour l'exercice du retrait, et par suite il n'y a aucune déchéance légale en notre matière. Le retrait peut-il, toutefois, être exercé pendant le délai ordinaire de trente ans? Le retrait peut être exercé, tant que le droit cédé reste litigieux, c'est-à-dire tant que le procès entamé au sujet de ce droit n'a pas été définitivement éteint par une sentence ayant acquis l'autorité irrévocable de la chose jugée. Jusque-là le droit accordé par la loi au retrayant demeure entier, puisqu'il a précisément pour objet de mettre fin au procès. Par conséquent, il est possible de l'exercer encore en appel, car, l'article 464 du Code de procédure civile admet qu'une demande nouvelle peut être proposée en appel, si elle est la défense à l'action principale. Or, la demande de retrait rentre évidemment dans les termes de la loi, car, si elle est admise, l'action tombe.

Jusqu'à quel moment le retrait peut-il être exercé? La demande est recevable aussi longtemps que le litige n'est point terminé, nous venons de le dire. Mais que décider si le débiteur demande

(1) Troplong, 11, 1001. Duvergier, 11, 379. — Req. rej., 22 juillet 1851, Sir., 51, 1. 567. — Alger, 29 janvier 1866, Sir., 68, 1, 438. Contrà : Delvincourt, t. III, p. 171.

le retrait à la veille du jugement, alors qu'il est sûr de succomber ? Pothier décide que, dans ces circonstances, le débiteur ne doit point être admis au retrait, et la seule raison qu'il en donne c'est que les choses ne sont plus entières, le cessionnaire ayant levé tous les doutes sur la légitimité de la créance. Pothier ne remarquait point que si, en fait, la créance peut être certaine, en droit elle reste incertaine jusqu'à ce que le procès soit terminé par un jugement ayant acquis force de chose jugée. Or, l'incertitude du droit est décisive. Un auteur moderne a soutenu que le débiteur qui soutient le procès, au lieu de demander le retrait, est présumé renoncer à la faculté que la loi lui accorde. Cet auteur oubliait qu'une renonciation ne se présume point : d'ailleurs à quel moment la présumera-t-on ? Au commencement, au cours ou à la fin de l'instance ? Une telle présomption est purement arbitraire. Le débiteur peut demander le retrait au moment qu'il lui plaît de choisir, au dernier moment de l'insistance s'il le veut. C'est un droit que la loi lui accorde sans lui fixer le moment de l'exercer (1).

Le retrait est-il encore admissible lorsque le jugement rendu, et rendu en dernier ressort, le défendeur condamné se trouve encore dans les délais pour se pourvoir en cassation ou attaquer le jugement par voie de requête civile ? Sans aucun doute, si la décision est attaquée par l'une de ces voies extraordinaires. En effet, celle-ci remet tout en question ; le jugement peut être annulé et par suite la chose est toujours litigieuse (2). On objecte, il est vrai, que le pourvoi n'est point suspensif et que le jugement attaqué peut néanmoins être exécuté. Mais cela ne prouve pas que le litige soit éteint. Il y a, au contraire, litige tant que le procès est pendant devant une juridiction quelconque (3).

(1) Contrà : Pothier, n° 597 ; Duvergier, n° 377, p. 466, t. 11 ; Troplong n° 999, p. 510.

(2) Zacharie, § 359, note 69, *in fine*. Req. rej., 5 mai 1835, Sir., 35, 1, 627.

(3) Req., 5 mai 1835.

Au contraire, si les parties se trouvent dans le délai du recours en cassation, en l'absence d'un pourvoi, le débiteur ne peut exercer le retrait. La condition essentielle, pour qu'il y ait lieu au retrait, nous le savons, c'est l'existence d'un procès, mais après un jugement en dernier ressort, le procès est éteint, à moins qu'un pourvoi ne le fasse renaître. Mais alors même qu'un recours en cassation serait fait, le débiteur qui exécuterait volontairement le jugement serait non recevable à demander le retrait, car cette exécution volontaire est un acquiescement, et un acquiescement met fin à tout procès.

Comment le droit de retrait doit-il être exercé ? L'art. 1699 prescrivant au débiteur cédé certains remboursements à l'égard du cessionnaire, la question est de savoir si, pour acquérir le droit ou retrait, le débiteur doit faire des offres de deniers, et s'il doit, en cas de refus du cessionnaire, faire constater par huissier le refus et la présentation. Il y a controverse sur ce point.

Evidemment, il ne peut être question d'offres réelles et de consignation, car celui qui exerce le retrait n'est point débiteur du cessionnaire, il use d'un droit que la loi lui accorde. S'il doit remplir les obligations auxquelles le soumet l'exercice de ce droit, ce n'est que lorsque le droit au retrait lui est acquis. La loi lui confère ce droit, il n'a qu'à déclarer que son intention est de profiter du bénéfice de la loi. Exiger davantage, c'est attribuer à la loi des exigences qu'elle ne connaît point. Et l'intérêt de cette question est celui-ci : supposez que sur la signification de la demande de retrait faite au cessionnaire par le débiteur, le cessionnaire refuse, et que le débiteur ne fasse qu'après la fin du procès des offres réelles. Selon nous, il ne sera point déchu de son droit d'exercer le retrait parce qu'il aura fait, en temps utile, la signification et que cette signification seule suffit. Si l'on déclarait le débiteur déchu, on inscrirait, dans la loi, une déchéance qui n'y existe point.

Il n'est donc point nécessaire, pour l'admission d'une demande en retrait, qu'elle soit précédée ou accompagnée d'offres réelles. Mais cette demande devrait être rejetée, si elle n'était proposée que par des conclusions subsidiaire (1). En effet, le but du retrait est de mettre fin aux procès, mais lorsque le procès est terminé, la subrogation ne peut plus être demandée puisque le droit n'est plus litigieux. Si le débiteur, d'une part, défendait à l'action du créancier, et, de l'autre, demandait pour le cas où il succomberait, le retrait par des conclusions subsidiaires, le juge qui admettrait la demande devrait, tout en condamnant le débiteur, l'autoriser à exercer le retrait, en remboursant le prix de la cession. Or, cela serait contradictoire, puisque, d'une part, le jugement établirait que le droit du créancier est certain et, d'autre part, il permettrait le retrait de la cession, parce que le droit est litigieux, c'est-à-dire incertain. Le défendeur doit donc opter : tant qu'il défend il ne peut user du droit de retrait, et dès qu'il demande le retrait, il doit cesser de défendre.

Le débiteur qui exerce le retrait doit, aux termes de l'art. 1699, rembourser le prix réel de la cession et divers accessoires. La loi a voulu que le cessionnaire fût complètement désintéressé, et mis dans la même position que s'il n'eût point fait cette opération. C'est bien le moins, en effet, puisqu'on l'exproprie d'un marché sincèrement conclu ! Mais si le marché n'était point sincère, si le prix avait été fictivement plus élevé que le prix véritable, afin d'empêcher le débiteur d'user du droit que la loi lui accorde, ce serait, en ce cas, une fraude à la loi que le débiteur pourrait prouver, même par témoins et présomptions (art. 1348 et 1353). Le débiteur n'est point tenu, en effet, de rembourser un autre prix

(1) En ce sens : Civ. cass., 4 mars 1823, Sir, 23, 1, 204 ; Civ. cass., 1er juin 1831, Sir., 41, 1, 245 ; Bourges, 19 fév. 1838, Sir., 38, 2, 372 ; Req. rej., 3 fév. 1868, Sir., 68, 1, 160.

que le prix réel. Mais il doit, outre le prix de la cession, rembourser, en second lieu, les intérêts du prix de la cession, à dater du jour où le cessionnaire a payé ce prix, et, en troisième lieu, les frais et les loyaux coûts du contrat, tels que les frais d'acte, les frais de signification et les droits d'enregistrement et de mutation.

La loi n'indique point à la charge de qui sont les dépens de l'instance arrêtée par la demande de retrait. Qui les supportera ? Le retrayant sans aucun doute, en vertu du principe que le cessionnaire ne doit rien perdre par l'effet du retrait, et il serait évidemment en perte s'il devait payer les frais de l'instance. Cette décision n'est contraire qu'en apparence au principe d'après lequel c'est la partie qui succombe qui doit supporter les dépens, car c'est bien le débiteur qui succombe en l'espèce puisqu'après avoir défendu, c'est-à-dire prétendu qu'il ne doit rien, il demande le retrait, ce qui suppose qu'il doit. Il se reconnaît donc lui-même débiteur, il se condamne, et par suite, c'est à lui qu'incombent avec justice les dépens.

CHAPITRE III

Des effets du retrait. — Des exceptions au droit de retrait.

Les effets du retrait doivent être envisagés successivement dans les rapports du retrayant et du retrayé, et dans ceux du cédant et du cessionnaire.

A. — Entre le retrayant (cédé) et le retrayé (cessionnaire), tout se passe comme si la cession n'avait jamais eu lieu. Il est vrai de

dire alors avec Pothier que le retrayant prend pour son compte le marché du retrayé et devient acheteur à sa place. Le retrait est bien dans ce cas une subrogation, par laquelle le débiteur se substitue au cessionnaire : c'est dans notre hypothèse que la définition que Pothier a donnée du retrait est exacte : le droit de prendre le marché d'un autre,

On pourrait cependant s'y tromper au premier abord et croire que le retrait est une nouvelle cession qui intervient entre le cessionnaire et le retrayant. En effet, peut-on dire, le cessionnaire subit une expropriation de la créance qu'il a achetée : or, celui qui exproprie achète, et celui qui est exproprié vend : on conclut qu'il y a une revente produite par l'exercice du retrait. Eh bien, cette conclusion serait fausse, car la loi ne dit nulle part que le retrayant achète la créance, et l'art. 1699 n'établit nullement que celui contre qui existe le droit cédé puisse contraindre le cessionnaire à lui céder ses droits mais seulement qu'il peut *s'en faire tenir quitte par le cessionnaire*, expressions qui n'évoquent point l'idée d'une acquisition de droit, mais d'un moyen de défense opposable désormais au cessionnaire. Les choses se passent plus simplement : le défendeur arrête le procès et y met fin en remboursant au demandeur le prix de son acquisition. Le cessionnaire perd le bénéfice de son marché, il doit se contenter d'être indemnisé.

De ce principe qu'il n'existe point entre le retrayant et le retrayé des rapports d'auteur et d'ayant-cause, découlent des conséquences importantes. Le droit cédé est-il une créance ? Tous les droits nés du chef du cessionnaire, avant le retrait exercé, sont non avenus ; par exemple, les créanciers du cessionnaire ont-ils pratiqué une saisie-arrêt sur le montant de cette créance ? la saisie-arrêt tombe, car il n'y a plus de créance, la loi la déclare éteinte ; le cessionnaire aura simplement une action en remboursement du prix. Sans doute les créanciers du cessionnaire peuvent

exercer cette action, mais ce n'est point la créance cédée qu'ils exercent, car celle-ci est éteinte par motif d'utilité publique. Si le droit cédé est un droit réel, litigieux, on aperçoit mieux encore les conséquences de cette idée que le retrait n'opère pas une translation de propriété de celui qui le subit à celui qui l'exerce. Les droits réels constitués par le cessionnaire, servitudes ou hypothèques, sont anéantis, et au contraire ceux qui s'étaient éteints par confusion revivent.

B. — Au contraire, dans les rapports du cédant et du cessionnaire, la cession ne doit point être considérée comme non avenue, le cessionnaire comme n'ayant jamais été l'acheteur du droit. Le cédant peut invoquer la cession et exiger l'exécution des obligations qu'elle impose au cessionnaire, par exemple le paiement du prix de la cession s'il lui est encore dû, sauf, bien entendu, à s'en faire rembourser par le retrayant. C'est en vain que le cessionnaire prétendrait qu'étant exproprié de son marché il ne doit point être tenu de l'exécuter, et que le retrayant doit lui être substitué pour cette exécution. Les textes sont muets à ce sujet et les principes ne permettent point de forcer ainsi le cédant, à changer de débiteur malgré lui. Si l'on regardait comme non avenue l'achat intervenu entre le cessionnaire et le cédant, dans le cas où celui-ci ne serait point intégralement payé, il n'aurait plus d'action contre le cessionnaire, désormais libéré de toute obligation, et il ne pourrait plus agir que contre le retrayant, devenu débiteur à la place du cédant. Mais à quel titre le retrayant serait-il débiteur du cédant? Ce n'est pas à cause de son ancienne obligation, qu'il aurait consentie à acquitter au moins en partie en exerçant le retrait, car si on peut trouver ce prétexte quand le droit litigieux cédé est une créance, il n'est plus invocable quand le droit cédé est un droit réel. Comment, en effet, la cession d'un droit réel suivie d'un retrait pourrait-elle faire du cédant un créancier de celui qui était son adversaire, dans une contestation

sur un droit réel? Du reste comment admettre que le cédant change ainsi de débiteur malgré lui ; quand il a vendu son droit, il a consenti à subir une perte sur le chiffre nominal de son droit, non seulement peut-être pour éviter les chances du procès, mais parce que l'acheteur lui semblait plus solvable que son adversaire ; or, le retrait ne peut changer, sans son consentement, la personne de son débiteur.

Certains auteurs ont prétendu que ce changement s'opérait par la toute puissance de la loi, et que le cédant avait dû prévoir cet événement lorsqu'il faisait un acte rentrant dans la catégorie de ceux dont s'occupe l'art. 1699. Mais il faudrait au moins, pour invoquer la toute puissance de la loi, que la loi eût parlé; or, l'art 1699 ne dit rien et ne laisse rien supposer de pareil ; il ne parle pas du cédant, il parle seulement du paiement à effectuer par le retrayant au cessionnaire, mais il ne fait naître aucun rapport entre le cédant et le retrayant.

Entre le vendeur et l'acheteur, le contrat subsiste donc et cela est très logique car le but du retrait est de mettre fin au procès que le cessionnaire poursuit contre le débiteur; donc tout se passe entre le défendeur et le demandeur. Mais quant au contrat intervenu entre le cessionnaire et le cédant, il est étranger au débiteur cédé, étranger au retrait, il n'y figure que pour constater le prix que le débiteur doit rembourser au cessionnaire. Par où l'on voit que la définition de Pothier n'est exacte, appliquée au retrait litigieux, que dans les rapports du retrayant et du retrayé.

2. — *Exceptions au droit de retrait.*

L'art. 1701 établit trois exceptions en droit de retrait : « 1° Dans le cas où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé ; 2° lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de

ce qui lui est dû ; 3° lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux. »

Dans les trois cas prévus par ce texte, dont l'énumération est strictement limitative, la cession, outre qu'elle a le plus souvent une cause légitime, présente un caractère accidentel qui exclut toute idée de spéculation chez le cessionnaire, ou bien dans un autre cas le retrait, s'il était exercé, n'éteindrait pas le litige, cause de l'institution du retrait litigieux.

A. — La loi excepte d'abord « le cas où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé. » La raison de cette exception est que le but du retrait qui est l'extinction d'un procès, ne peut pas être atteint dans notre cas. Le droit de retrait n'étant fondé, comme le dit Pothier, que sur la haine que méritent les acheteurs de procès qui n'acquièrent les droits litigieux que par amour des procès, il ne peut plus y avoir lieu au retrait toutes les fois que la cession s'est faite par une juste cause. Or, lorsqu'un héritier ou un copropriétaire, qui a déjà de son chef une part dans la créance litigieuse, acquiert les parts de ses cohéritiers ou copropriétaires, il est évident que cette cession a une juste cause, qui est celle de sortir de l'indivision. Le cessionnaire ne peut donc être considéré comme un acheteur de procès, et il doit être admis, à faire valoir dans toute leur étendue les droits qui font l'objet de la cession. A quoi l'on peut ajouter que, dans le cas où il s'agit d'une créance qui n'est point indivisible, le retrait, si on l'admettait manquerait son but : dans ce cas, en effet, il n'éteindrait point un procès. En supposant le retrait possible, il ne pourrait être exercé que pour la portion de créance qui a fait l'objet de la cession. Mais les autres cohéritiers ou copropriétaires conserveraient les autres portions qui leur appartiennent de leur chef, et le procès continuerait pour ces portions, plus acharné même qu'avant, parce que le débiteur aurait exproprié le cessionnaire du droit qu'il avait acquis.

B.— Le second cas excepté est celui où la cession « a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû.» Le motif de cette exception est évident, la cession a une cause fort légitime puisqu'elle a pour objet d'éteindre une dette du cédant envers le cessionnaire. C'est une *datio in solutum*, qui a sans doute été proposée par le débiteur, parce qu'il n'avait pas d'autre moyen de se libérer, et acceptée faute de mieux par le créancier. Pothier faisait toutefois une distinction, dans le cas où le créancier aurait pu être désintéressé autrement que par la créance, parce que dans ce cas on ne retrouve plus le motif sur lequel se base l'exception. Mais comme la loi n'a point admis cette distinction, nous devons la repousser.

C.— Enfin l'art. 1701 excepte le cas où la cession a été faite « au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux. » Ainsi le possesseur d'un héritage est poursuivi par un prétendu créancier hypothécaire du vendeur, il achète la créance pour conserver la possession de l'héritage. Le débiteur de cette dette aurait droit au retrait si l'on ne se trouvait point dans un cas d'exception ; mais ce droit lui est refusé parce que le possesseur de l'immeuble avait un intérêt légitime à employer tous les moyens de libérer sa propriété. Le but que s'est proposé le cessionnaire est de consolider son droit sur l'immeuble dont il est le possesseur.

L'énumération de l'art. 1701 est strictement limitative, nous l'avons dit, et on ne pourrait pas, dans d'autres cas que ceux prévus par cet article, refuser l'exercice du retrait. La loi n'apporte pas d'autres exceptions à la règle : il ne faut donc admettre que ces exceptions. On doit toutefois considérer comme étrangère à l'art. 1699, toute transmission de droit litigieux, qui n'aurait point été faite principalement et qui serait seulement la conséquence de la transmission d'un ensemble de droits (1), par exemple d'une

(1) Sic : Pothier, n° 595 ; Troplong, 11, n° 1011 ; Duvergier, 11, n° 397.

cession d'hérédité : ainsi l'acheteur d'une hérédité ne sera point soumis au droit de retrait, s'il se trouve des droits litigieux parmi les objets héréditaires, et cela parce qu'en achetant une hérédité, il n'achète point les choses qui la composent ; ce n'est donc point un acheteur de procès. De même dans le cas où le droit litigieux est l'accessoire d'une chose principale non litigieuse, par exemple dans le cas de vente d'un domaine avec toutes les créances que le propriétaire a contre ses fermiers. La cession dans ce dernier cas non plus n'a point pour objet des droits litigieux, et l'on ne peut ranger le cessionnaire, qui est obligé de soutenir une instance comme conséquence de son acquisition, parmi les acheteurs de procès que vise seul l'art. 1699. Mais ce ne sont point là, à proprement parler, des exceptions, puisqu'il n'y a point en réalité cession directe d'un droit litigieux.

II

DU RETRAIT SUCCESSORAL

1° QU'EST-CE QUE LE RETRAIT SUCCESSORAL ?

Un seul texte du Code civil, l'art. 841, s'occupe du retrait successoral : « Toute personne, même parente du défunt, qui « n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé « son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par « tout les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix « de la cession. »

Le retrait successoral est donc le droit accordé aux cohéritiers d'écarter du partage l'étranger cessionnaire de droits successifs.

Son origine est toute française : c'est la jurisprudence des parlements qui l'a introduit dans notre pays. Certaines coutumes, il est vrai, admettaient un retrait de bienséance et de communion qui était le droit accordé à tous les co-propriétaires d'immeubles de racheter la part indivise, vendue par l'un d'eux à un étranger. Faut-il reconnaître dans cet usage l'origine du retrait successoral? A consulter les arrêts des parlements, on est plutôt tenté de le rattacher aux lois *per diversas et ab Anastasio* (LL. 22 et 24, C. *mand.* 4, 35), et de voir dans le retrait successoral une application aux cessions de droits successifs des dispositions de ces lois relatives aux cessions de droits litigieux. Ces deux constitutions avaient décidé que le cessionnaire d'un droit litigieux ne peut agir que jusqu'à concurrence du prix de la cession qui doit lui être remboursé en capital et intérêts. Les parlements interprétèrent ces lois en ce sens que le débiteur du droit litigieux avait la faculté de racheter le droit cédé, en se faisant subroger au cessionnaire moyennant le remboursement du prix de la cession. Cette doctrine a été consacrée par l'art. 1699 du Code civil. Cette faculté de racheter une créance litigieuse se nomme retrait litigieux. L'ancienne jurisprudence l'étendit à la cession de droits successifs, lors même qu'ils n'avaient rien de litigieux.

L'ancienne jurisprudence, il est vrai, ne considérait point le retrait successoral comme un véritable retrait. Les anciens retraits avaient surtout pour objet la conservation des biens dans les familles : tel n'était point celui du retrait successoral, fondé sur d'autres motifs. Pothier, dans son *Traité des Retraits*, ne s'en est nullement occupé, et après avoir dit qu'il y a trois espèces principales de retraits : le lignager, le seigneurial ou féodal et le conventionnel, il ajoute qu'il y a encore quelques autres espèces de retraits, le retrait de communion, par exemple ; il ne mentionne

même pas le retrait successoral. La jurisprudence l'appelait *action en subrogation;* elle ne lui attribuait ni la nature, ni le nom de retrait. Aussi le retrait successoral ne fut-il point atteint par la suppression générale des retraits prononcée par l'Assemblée nationale.

Les rédacteurs du Code civil ont évité d'employer ce mot *retrait* qui rappelait l'ancien régime disparu. Il ne serait pas moins inexact de prétendre que la faculté d'écarter du partage le cessionnaire de droits successifs, n'a pas le caractère d'un retrait. « Le droit de retrait, dit Pothier, n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place. » Cette définition ne s'applique-t-elle point exactement à l'hypothèse prévue par l'art. 841 ? Un cohéritier a cédé à une personne non successible son droit à la succession. Les autres cohéritiers, décide notre article, pourront écarter ce cessionnaire en lui remboursant le prix de la cession : c'est-à-dire, en d'autres termes, qu'ils pourront prendre son marché, en un mot retirer, *retraire* son marché. L'opération qui consiste à écarter du partage le cessionnaire de droits successifs, est donc bien réellement un retrait.

De cette définition résulte cette conséquence importante que nous pourrons, dans l'interprétation de l'art. 841, invoquer l'application des principes qui gouvernaient les retraits dans notre ancienne jurisprudence.

Quels motifs allègue-t-on pour justifier le retrait successoral ? Le législateur a eu deux motifs. En écartant les étrangers du partage il a voulu les empêcher de pénétrer les secrets des familles. Il a voulu, en outre, protéger les familles contre la cupidité processive des acheteurs de droits successifs. Le premier motif ne paraît guère décisif, s'il on songe que le mandataire d'un cohéritier, ses créanciers, ont la faculté d'assister au partage. Le second motif porte atteinte au principe de l'inviolabilité de la propriété et de la liberté du commerce. Pour écarter le trouble qu'entrai-

nerait dans le partage la présence de spéculateurs, on prononce, dans un intérêt privé, une véritable expropriation de l'acheteur. Le retrait successoral portera le plus souvent préjudice à l'héritier qui ne trouvera qu'à vil prix acquéreur. Les parties peuvent, d'ailleurs, éluder au moyen de mille fraudes l'application de l'art. 841, en déguisant une cession à titre onéreux sous la forme d'une cession à titre gratuit, en portant dans l'acte de cession un prix supérieur au prix réel, etc.

Quoi qu'il en soit, le retrait successoral constitue une matière tout à fait exceptionnelle, et, à ce titre, le texte de loi qui l'organise est de stricte interprétation. Le retrait sera donc borné aux successions qu'il a exclusivement pour objet : il ne s'applique point au cas de communauté ou de société (1). Dans ces deux hypothèses, si l'un des communs ou associés cédait sa part, il n'appartiendrait point aux autres parties de contraindre le cessionnaire à leur céder son marché. Certains auteurs sont d'un avis différent : Ils considèrent l'art. 841 comme une disposition du droit commun parce que, selon l'art. 1872, les règles concernant le partage s'appliquent à la communauté et à la société comme aux successions. Il suffit de faire observer que le retrait ne concerne nullement le partage et que l'art. 841 est exceptionnel par le but qu'il se propose. Il veut empêcher les étrangers de pénétrer dans les secrets de famille ; ces secrets ne se révèlent que dans la liquidation d'une succession qui embrasse toutes les affaires du défunt. Il n'y en a pas même dans une communauté, qui a également un objet restreint. Aussi la loi s'est-elle gardée d'étendre le retrait au partage de la société ou de la communauté.

Faut-il conclure de ces observations que le retrait successoral soit une disposition d'ordre public ? On n'est jamais allé jusque-là

(1) En ce sens : 7 juillet 1836, Sir. 36. 2. 458. Contra : Riom, 23 novembre 1848, Sir. 49. 2. 85.

et la jurisprudence et la doctrine admettent unanimement que les héritiers peuvent renoncer au droit de retrait. Le droit de retrait viole le droit de propriété, principe au premier chef d'ordre public. Il sacrifie la liberté des conventions. Enfin, il a été établi en vue de suppositions qui ne se réalisent pas toujours : le cessionnaire peut fort bien n'être ni un spéculateur avide de procès ni un homme malveillant et indiscret. Concluons donc que l'art. 841 n'est point une de ces dispositions auxquelles l'art. 6 défend de déroger.

Nous examinerons, sur notre sujet, les questions suivantes : 1° Contre quelles personnes, et par quelles personnes le retrait successoral peut être exercé ; 2° Quelles cessions peuvent donner lieu au retrait successoral ; 3° Sous quelles conditions, et pendant combien de temps le retrait peut être exercé ; 4° Enfin, quels sont les effets, soit de la demande à fin de retrait, soit du retrait lui-même.

CHAPITRE I

Contre quelles personnes et par quelles personnes le retrait successoral peut être exercé.

A. *Demandons-nous d'abord contre quelles personnes le retrait successoral peut être exercé ?* — Tout cessionnaire de droits successifs ne peut être écarté du partage : l'art. 841 n'autorise le retrait que contre celui qui n'est pas *successible* du défunt, qui par conséquent n'a pas d'autre titre que la cession pour figurer au partage. Le successible, celui qui succède au défunt, ne peut, seul,

être écarté, puisqu'il est, à ce titre, appelé au partage : le retrait exercé contre lui n'aurait aucune raison d'être, le cessionnaire ayant encore le droit, en qualité de successible, même après l'exercice du retrait, de se présenter au partage. Le retrait, nous le savons, n'est établi que contre l'étranger qui est soupçonné de vouloir pénétrer les secrets de la famille et d'y porter le trouble. Le mot étranger désigne celui qui ne venant point au partage, n'a point le droit de se mêler des affaires de la succession. Peu importe que l'étranger soit parent du défunt : le parent cessionnaire pourrait être écarté alors même qu'il serait appelé à la succession en cas de renonciation du cédant (1), car le cédant ne peut être assimilé à un renonçant ; du moment qu'il cède ses droits, il fait par là même acte d'héritier pur et simple et exclut par suite l'héritier qui viendrait à son défaut.

Le cessionnaire successible qui a renoncé à la succession avant ou depuis la vente peut-il être soumis au retrait ? D'après l'art. 785, il est censé n'avoir jamais été héritier. Puisqu'il ne vient au partage qu'en qualité de cessionnaire, il peut sans aucun doute être écarté. Il n'en serait point de même si l'héritier avait renoncé pour s'en tenir à un don ou à un legs universel ou à titre universel : car il aurait le droit de figurer au partage en qualité de successible en vertu de la volonté de l'homme. Mais il est clair qu'un legs particulier ne le ferait point considérer comme tel.

L'héritier présomptif du défunt exclu de l'hérédité par un testament est cessionnaire des droits successifs de l'un des héritiers : peut-il être écarté par le retrait ? Aucun doute ne peut s'élever à ce sujet : celui qui succède a seul la qualité de successible, et l'héritier exclu ne succède point (2). Il ne peut venir au partage qu'en

(1) En ce sens : Cass. 2 juillet 1862, Sirey, 62. 1. 859.

(2) En ce sens : Trib. de Clermont-Ferrant, 26 juillet 1867, D. P. 68. 3. 95. Sic. Duvergier, sur Toullier, t. 2, n. 441 ; Benoit, *Retr* success. n° 53 ; Demolombe, succ., t. 4, n° 23. *Contra*, Toullier ; Delvincourt, t. 2, p. 346.

vertu de la cession qui lui a été faite. L'affirmative est d'autant plus certaine que l'héritier exclu, s'il se rend acquéreur de droits successifs, sera le plus souvent animé de mauvais sentiments à l'égard des autres co-partageants. La solution serait différente si le testateur, sans exclure l'héritier présomptif, avait seulement épuisé sa succession en legs particuliers. Car l'héritier, bien qu'il n'ait rien, en fait, à recueillir, conserve la qualité de successible, et, comme tel, il aurait droit aux biens dont le testateur n'aurait point disposé.

Le retrait peut-il être exercé contre le successible qui, après avoir cédé son droit à la succession, s'est fait rétrocéder ce même droit par le cessionnaire ? Il est certain que si le cédant recouvrait ses droits par l'effet d'une nullité, d'une rescision ou d'une résolution, c'est comme s'il ne les eût jamais aliénés. Si c'est bien par une véritable rétrocession que le successible a acquis, à son tour du cessionnaire, des droits successifs, on pourrait prétendre qu'il n'a, pour se présenter au partage, d'autre titre que la rétrocession qui lui a été faite ; mais cette conclusion a paru trop rigoureuse, car le successible a recouvré son droit à la succession et la cession qu'il avait faite est, d'après l'art. 780, un acte d'acceptation, il n'est donc point soumis au retrait.

Dans le cas très fréquent où la succession doit se diviser en deux lignes, la ligne paternelle et la ligne maternelle, si un parent de l'une de ces lignes cède ses droits, un héritier de l'autre ligne pourra-t-il exercer le retrait ? Il faut distinguer. Le partage entre les deux lignes n'a-t-il point encore été établi ? Certainement l'héritier de la branche maternelle pourra, aussi bien que celui de la branche paternelle, exercer le retrait (1), car le cessionnaire aurait le droit de concourir au partage de l'hérédité tout entière.

(1) En ce sens : Cass. 2 juillet 1862, Sirey 62. 1. 859. Taulier, t. 3, p. 299. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, Comment. Cod. civ. t. 2, n° 182.

Mais si la cession est postérieure à la division par moitié entre les deux lignes des biens de la succession, il n'en serait plus de même, car il y a alors un nouveau partage à faire entre les héritiers de chaque ligne : il n'y aura donc qu'un cohéritier de la branche paternelle qui pourra critiquer la cession faite par un successible de cette branche, les héritiers de la branche maternelle n'ayant rien à voir dans les opérations de ce second partage, ne sont point admis à exercer le retrait.

L'enfant naturel est successible dans le sens de l'art. 841. S'il cède ses droits à la succession, les héritiers, ses cosuccessibles, pourront écarter son cessionnaire (1) par le retrait successoral, mais s'il est lui-même cessionnaire des droits de l'un de ses cosuccessibles, il échappe à l'application de l'art 841, parce qu'il vient au partage indépendamment de la cession.

Même raison de décider en ce qui concerne le légataire ou le donataire à titre universel. Ils sont successibles. Comme l'enfant naturel, ils n'ont point la saisine et ne représentent point la personne du défunt, mais ils concourent au partage, et si leurs cessionnaires sont exposés au retrait, il n'en est pas de même d'eux. Quant aux légataires ou donataires à titre particulier, ils ne sont pas successibles, et par suite s'ils deviennent cessionnaires de droits successifs, ils peuvent être écartés par le retrait ; inversement leurs cessionnaires n'auront rien à craindre, le retrait ne pouvant, bien entendu, les atteindre.

Que décider pour l'usufruitier universel ou à titre universel ?

L'usufruitier universel ou à titre universel ne représente non plus le défunt que les légataires ou donataires à titre particulier (2), ou plutôt le legs d'usufruit est lui-même un legs particulier, portât-il sur tous les biens. Il est vrai que la loi lui donne le titre

(1) En ce sens : Cass. 16 juillet 1861, Sir. 61. 1. 817.
(2) En ce sens : Rennes, 15 janv. 1880, D. P. 81. 2. 114.

d'usufruitier universel ou à titre universel et le fait contribuer aux dettes. Mais il ne vient pas au partage, car l'usufruit n'établit aucune indivision entre l'usufruitier et les nu-propriétaires. Comment viendrait-il au partage, puisqu'il ne peut réclamer aucune portion de l'universalité elle-même, qui fait l'objet du partage. Il se présente uniquement à titre de cessionnaire et, comme tel, est soumis au retrait. L'inventaire auquel l'oblige la loi n'a d'autre but que de constater l'actif héréditaire.

Le mari cessionnaire de l'un des cohéritiers de sa femme est-il exposé au retrait ? Ne dites pas que le mari se présentant, en sa qualité de mari, au partage, se trouve, par cela même, immiscé dans les secrets de la famille, et que, par suite, le retrait contre lui est inutile. Le mari, en effet, ne figure au partage qu'au nom d'autrui, *jure alieno :* il n'a pas le droit d'y venir *propris jure,* c'est-à-dire qu'il n'est point successible. Il est étranger à la succession que recueille sa femme. Le retrait est donc admis contre lui (1).

Cette conséquence est inévitable, lorsque les époux sont mariés sous le régime exclusif de communauté, sous le régime dotal, et surtout sous le régime de la séparation de biens : elle ne paraît plus, sous le régime de la communauté, lorsqu'il s'agit d'une succession mobilière, d'une logique aussi forte. Le mari est maître et seigneur des biens de la communauté ; or les successions mobilières échues à la femme tombent dans l'actif de la communauté, le mari peut les accepter sans le concours de la femme, il est donc successible, dit-on, et ne peut être écarté par le retrait.

Il y a quelque analogie entre la position d'un mari et celle d'un successible. La vérité est pourtant qu'il n'est pas successible lui-même : il n'est que le cessionnaire et l'ayant-cause de sa femme,

(1) En ce sens : Pau, 28 déc. 1862, Sir. 63, 2, 87. — Chambéry, 24 juill. 1868, Sir., 68, 2, 347. — Demolombe, Success. t. 4 ; Aubry et Rau t. 3, p. 324, 3e éd.

et, par conséquent, il ne peut pas lui-même, sans s'exposer au retrait, devenir, pour son compte personnel, cessionnaire d'un droit à la sucession. D'ailleurs, nous pouvons l'ajouter, cette acquisition des droits successifs, faite ainsi par lui, en son propre nom, suppose elle-même cet esprit de spéculation, contre lequel précisément l'article 841 a pour but de garantir les cohéritiers.

Le cohéritier cédant qui achète les droits d'un de ses cohéritiers est-il soumis au retrait? Non. Il est vrai que le cédant, bien que successible, n'a, dans l'espèce, d'autre qualité pour intervenir au partage que celle de cessionnaire. Mais il faut ajouter que ce cessionnaire est successible, or un successible ne peut être écarté par le retrait; le texte est formel, et dans une matière exceptionnelle, il faut s'en tenir au texte.

B. Nous avons examiné contre quelles personnes le retrait successoral peut être exercé : nous devons maintenant rechercher qui peut exercer le retrait.

D'après l'article 841, le cessionnaire non successible peut être écarté, *soit par tous les cohéritiers*, *soit par un seul*. Quel est ici le sens du mot *cohéritiers ?*

Sous le nom de cohéritiers, l'article 841 désigne tous les successeurs à titre universel, tous ceux qui ont le droit de venir au partage *proprio jure*, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la disposition de l'homme; l'enfant naturel, le légataire à titre universel aussi bien que l'héritier légitime. On ne peut prétendre que le mot *cohéritier*, employé dans le premier membre de phrase, ne s'applique qu'à l'enfant légitime, car le cessionnaire d'un enfant naturel on d'un légataire universel, si l'on soutenait cette opinion, par une conséquence impossible, ne pourrait être écarté, tandis que le cessionnaire d'un héritier légitime serait exposé à l'être. Le mot *cohéritier*, de la première et de la seconde partie de l'article 841, comprend tous les successibles. Une étroite corrélation existe donc entre la question de savoir qui peut exercer le

retrait et celle que nous avons examinée, contre qui le retrait peut être exercé; peut exercer le retrait toute personne contre laquelle il ne pourrait pas être exercé.

L'enfant réduit à la légitime peut évidemment exercer le retrait, car il est héritier par excellence, puisqu'aucun acte du défunt ne peut le dépouiller de son droit, qu'il est saisi malgré lui et que c'est à lui que le légataire universel devra s'adresser pour faire le partage.

L'héritier bénéficiaire pourra aussi évidemment exercer le retrait. La seule différence qui le sépare de l'héritier pur et simple, c'est qu'il a l'avantage de ne point confondre son patrimoine avec celui du défunt. On a prétendu, il est vrai, que les secrets de famille sont livrés à l'investigation des tiers par les formalités du bénéfice d'inventaire, et que, par suite, le motif qui a déterminé l'adoption du retrait successoral n'existe plus. Mais il est facile de répondre qu'un des motifs les plus puissants du retrait successoral est qu'entre parents il y a plus de ménagements à attendre et moins de contestations à craindre qu'entre étrangers : et cette considération a plus de force encore lorsque la succession est embarrassée, et n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire.

Le droit de retrait successoral est-il personnel aux cohéritiers?

Du vivant du cohéritier, le droit de retrait ne peut évidemment être cédé ; en ce sens, il est personnel ; il ne doit point devenir, pour les cohéritiers, un objet de spéculation et de trafic. Il en serait de même si l'un des cohéritiers aliénait son droit de retrait à titre gratuit, car ce droit n'existe point, *per se*, indépendamment de la qualité de successible.

Les créanciers de l'héritier ne pourront point exercer le retrait au nom de leur débiteur. Ils ont bien, à la vérité, le droit d'intervenir au partage, et même de le provoquer en son nom. Mais ils ne sont point eux-mêmes héritiers, ils sont des tiers étrangers à

la succession. Ils ne seront jamais poussés que par des intérêts pécuniaires. Or, il est certain que c'est dans un intérêt moral que la loi a accordé le droit de retrait. D'après l'art. 1166, les créanciers ne peuvent exercer les droits exclusivement attachés à la personne ; le droit de retrait est l'un de ces droits.

Mais la faculté de retrait ne fait pas moins partie des droits successifs des cohéritiers, et dès lors elle doit être transmise à quiconque recueille ces droits eux-mêmes. Elle appartiendra aux héritiers du successible qui pouvait l'exercer, à ceux qui lui succèdent *ab intestat* ou comme légataires ou donataires universels.

Le retrait successoral peut-il être exercé par le curateur à la succession vacante de l'un des cohéritiers ? Nous le croyons : on peut assimiler le curateur à l'héritier bénéficiaire. On dit, il est vrai, que si l'héritier bénéficiaire peut exercer le retrait successoral, ce n'est point en vertu de son pouvoir d'administration, mais seulement en sa qualité de successible. Il y a ici une confusion : car, il est évident que lorsqu'on assimile, sous ce rapport, le curateur à l'héritier bénéficiaire, on se place pour l'un comme pour l'autre, dans l'hypothèse où il s'agit d'un retrait successoral à exercer du chef d'un cohéritier décédé et qui se trouve dans sa propre succession. Or, dans ce cas, ce n'est pas en sa qualité de cohéritier du cédant, mais en sa qualité de successeur de l'un des cohéritiers de ce cédant, que l'héritier bénéficiaire exercera le retrait. On a donc raison de conclure que, puisque l'héritier bénéficiaire peut exercer le retrait, le curateur doit pouvoir l'exercer aussi.

Le cédant vient à mourir, et l'un de ses cohéritiers lui succède : pourra-t-il exercer le retrait ? La Cour de Cassation s'est prononcé d'abord pour la négative. Le motif qui avait déterminé l'opinion de la Cour est que le cédant, s'il exerçait le retrait contre le cessionnaire, serait repoussé par l'exception de garantie. Le

successeur du cohéritier, tenu de la même obligation que son auteur, se verrait opposer le même moyen de défense. Mais la Cour de Cassation, revenant sur sa première opinion, a reconnu que l'héritier du cédant possède, en l'espèce, une autre qualité, celle de cohéritier du cédant, et qu'à ce titre il est libre d'exercer le retrait.

L'héritier qui cède ses droits successifs peut-il user du retrait contre le cessionnaire d'un cohéritier ? Ne dites pas qu'appelant lui-même un étranger au partage, il est sans droit pour écarter un autre étranger : ce serait ajouter au texte de la loi qui n'admet point cette fin de non-recevoir. Au contraire, en cédant ses droits dans la succession, l'héritier ne cesse point d'être successible, car cette cession équivaut à une acceptation. On prétendrait encore vainement que l'héritier qui cède ses droits devient étranger à la succession, et qu'il est désormais sans intérêt et partant sans droit pour agir contre un cessionnaire. Le texte est décisif, tout cohéritier peut exercer le retrait : or, celui qui cède ses droits successifs demeure héritier et dans une matière aussi exceptionnelle on doit s'attacher au texte seul.

L'art. 841, nous l'avons vu, emploie le mot *cohéritier* ; or le mot *héritiers* ne s'applique point aux enfants naturels, aux légataires, ni aux donataires. Nous venons de dire que notre matière n'admet qu'une stricte interprétation. L'action en retrait ne peut-elle donc être exercée que par les héritiers légitimes à l'exception des diverses personnes que nous avons nommées ? L'objection est spécieuse : mais s'il faut strictement interpréter le texte, il faut toutefois l'interpréter. Or, comme nous l'avons dit, le mot *héritier*, dans l'art. 841, est synonyme de successible, et s'applique à tons ceux qui figurent au partage. Tous ceux qui assistent au partage ont intérêt à repousser un spéculateur processif ou un étranger malveillant et indiscret.

Est-il nécessaire de dire que les successeurs à titre particulier,

légataires ou donataires, n'ont point l'action en retrait ? Ils ne sont point successibles, ils ne viennent point au partage ; ils sont sans intérêt et sans droit. Il suit de là que les légataires ou donataires de l'usufruit de tous les biens ou d'une quotité de biens ne peuvent pas exercer le retrait successoral ; car ce sont toujours des légataires particuliers.

Nous ne reviendrons point sur la question de savoir si la succession dévolue à des collatéraux ou à des ascendants, étant partagée entre les deux lignes, les héritiers de la ligne maternelle peuvent exercer le retrait contre un parent de la ligne paternelle qui a cédé ses droits. La solution est la même que celle que nous avons donnée à la question de savoir si le cessionnaire peut être écarté du partage par un héritier de la ligne à laquelle n'appartient pas le cédant.

De même l'héritier qui renonce à la succession pour s'en tenir à un don ou à un legs, n'aura pas le droit d'exercer le retrait, car il pourrait être écarté s'il se rendait cessionnaire.

De même encore, le retrait n'appartient pas à l'héritier exclu par le défunt, puisqu'il ne succède point. Mais si, n'étant pas exclu, l'hérédité se trouve en fait absorbée par des legs particuliers, il reste toujours successible, et comme tel son droit au retrait demeure intact.

CHAPITRE II

Quelles cessions donnent lieu au retrait ?

Pour qu'une cession puisse donner lieu à l'exercice du retrait successoral, deux conditions sont nécessaires : A. Il faut que la

cession ait été faite par un cohéritier, et qu'elle ait pour objet son droit à la succession. B. Il faut, en second lieu, que la cession ait été faite à titre onéreux.

Le sens du mot cohéritier, dans l'art. 841, nous est connu ; nous savons qu'il faut entendre par ce mot, non seulement les héritiers légitimes, mais tous ceux qui sont appelés à la succession à titre universel, soit légataires, soit donataires : en un mot tout successible.

A. Il faut, disons-nous, que l'héritier *cède son droit à la succession*. L'art. 841 veut parler évidemment des droits successifs du cédant, de ses droits dans l'universalité héréditaire. Est-il nécessaire que la cession ait pour objet tout le droit du cédant ? Ce serait ajouter au texte que le prétendre, car la loi ne dit pas tout son droit : du reste la cession, alors même qu'elle a pour objet tout le droit du cédant, ne comprend qu'une fraction de l'hérédité, pourquoi la cession d'une fraction moindre n'autoriserait-elle point le retrait ?

Ainsi le cessionnaire d'une quote part des droits successifs est soumis au retrait successoral (1). Il a le même droit que l'acquéreur de la totalité d'entrer dans tous les détails du partage, pour déterminer l'étendue ou la valeur de la quotité qui a été cédée. S'il n'était pas permis de l'écarter du partage il arriverait que, pour éluder la loi le vendeur se réserverait une portion minime de son droit, un centième par exemple, que, morcelant le droit entre plusieurs cessionnaires, il introduirait tous ces étrangers au partage, qui auraient le droit d'y être maintenus, tandis qu'un seul en serait éloigné. Aussi tous les auteurs sont-ils unanimes pour admettre le retrait.

Il en est de même pour le cas où la cession comprend, outre la part de l'héritier cédant, celle d'un cohéritier qu'il avait acquise (2).

(1) Contrà : Riom, 13 nov. 1846; Sir., 47, 2, 300.

(2) En ce sens : (Req. 12 août 1868. D. P. 71. 5. 342).

Le retrait pourra être exercé tant contre la part même de l'héritier que contre celle du cohéritier précédemment acquise par lui. Les inconvénients que la loi a voulu prévenir se présentent en effet pour l'une comme pour l'autre part.

Que décider lorsque la cession ne porte que sur un ou plusieurs objets déterminés de la succession (1) ? Cette question, l'une des plus controversées de notre sujet, semble claire à qui s'en tient au texte de la loi. Or, la loi a disposé que pour qu'il y ait lieu au retrait, il faut que le cohéritier ait cédé son *droit à la succession*. La cession qu'un héritier fait de son droit dans tel immeuble est-elle la cession de son droit à la succession ? Non, certes (2). Donc elle ne rentre point dans les termes de l'art. 841 qui constitue une exception au droit commun et qu'il ne faut point par conséquent étendre au-delà de sa disposition. D'ailleurs, la loi n'a voulu autoriser le retrait que contre le cessionnaire qui a le droit de figurer lui-même au partage. Le cessionnaire d'un ou de plusieurs objets déterminés de la succession n'a point ce droit, car le partage a pour objet, non chacun des biens héréditaires, spécialement et individuellement, mais l'universalité elle-même. Il a, il est vrai, le droit d'assister à la formation et à la distribution des lots afin de veiller à ce qu'on ne mette point l'objet cédé dans le lot d'un autre héritier que le cédant ; mais il n'est point pour cela passible du retrait.

Mais si la cession, à raison des circonstances de la cause, donne en fait au cessionnaire le droit d'intervenir dans la liquidation de la succession, ne devrons-nous point admettre une exception à la doctrine que nous venons d'exposer ? Quelques arrêts (3) ont admis qu'il y avait lieu, en ce cas, au retrait. Mais peut-on dire

(1) En ce sens : (Cass. 26 nov. 61, S. 62, 1. 1025).
(2) En ce sens : (Req. 23 mars 1870. D. P. 70. 1. 422).
(3) Riom, 3 mars 1814. — Bourges, 9 mars 1842.

qu'il s'agit ici d'un droit à la succession? Non, sans doute; Eh bien, le retrait ne pourra être en ce cas appliqué, car la loi n'a accordé le droit de retrait qu'à certaines conditions, et il ne faut point, dans une matière aussi exceptionnelle, ajouter au texte de la loi.

Si, cependant, la cession, quoique ne portant que sur des objets déterminés, comprend de fait tous les droits du cédant, nous admettons en ce cas l'exercice du retrait, parce que l'exception n'est qu'apparente et se confond avec la règle. L'héritier qui cède son droit sur un immeuble constituant la succession tout entière, cède en réalité son droit à la succession (1). La vente que fait cet héritier a le caractère de cession totale du droit à la succession, et il ne dépend point de l'héritier de le lui ôter. Sinon les parties pourraient éluder et anéantir à leur gré les effets de l'art. 841.

Mais le partage terminé, il ne peut plus être question de retrait, et si le partage a laissé certains immeubles indivis, la part qui revient à l'un des cohéritiers n'est point soumise au retrait, car c'est un droit de copropriété qui a été cédé, mais non un droit de succession. Il n'y a plus de succession, tout est consommé; le cessionnaire ne peut pénétrer dans les secrets de famille, ni entraver le partage par de mauvaises chicanes. Il ne reste à partager qu'un ou plusieurs immeubles déterminés.

Supposons le partage terminé; mais par suite d'une cause quelconque de nullité ou de rescision, il vient à être déclaré nul. Le cessionnaire pourrait-il être écarté du nouveau partage, qui devrait avoir lieu? Cela ne nous paraît point douteux, puisqu'il s'agit d'un partage et que le partage est à faire. Sans doute, un partage a été fait, mais il a été déclaré nul, et il n'existe plus. Le cessionnaire ne se trouve plus être que l'acquéreur d'une portion héréditaire indivise.

(1) Rennes, 24 février 1818. — Bourges, 16 déc. 1833. — Riom, 23 nov. 1884. S. 49. 2. 85.

B. Il faut, en second lieu, avons-nous dit, pour qu'il y ait lieu au retrait, que la cession ait été faite à titre onéreux.

L'art. 841 ne s'applique qu'aux ventes ou cessions à titre onéreux ; il ne vise pas les donations de droits successifs. Il parle en effet d'un cohéritier qui aurait *cédé* son droit à la succession ; or, dans le langage du code, le mot *céder* signifie vendre. Ce qui le prouve, c'est la disposition finale d'après laquelle on ne peut écarter le cessionnaire qu'*en lui remboursant le prix de la cession*. Il n'y a pas lieu de craindre, d'ailleurs, de la part d'un donataire ou d'un légataire, cet esprit d'indiscrétion ou de chicane qui est à redouter de la part d'un spéculateur. L'esprit et le texte de la loi s'accordent parfaitement sur ce point.

Il va sans dire cependant que si la donation déguisait une véritable cession à titre onéreux, le retrait deviendrait applicable. C'est là une question de fait à apprécier d'après les circonstances par les tribunaux. L'acte de transmission de droits successifs ne perdrait pas son caractère de donation par cela seul qu'il aurait imposé quelques charges au donataire. Resterait à savoir si ces charges ne devraient point être considérées comme le prix des biens transmis.

Que décider si la même personne est en même temps cessionnaire à titre onéreux et donataire ou légataire de droits successifs dans la même hérédité ? On ne pourra exercer le retrait contre cette personne, cela est certain, si donataire ou légataire des droits successifs de l'un des cohéritiers, elle est cessionnaire à titre onéreux d'un autre des cohéritiers. Mais lorsqu'il s'agit des droits successifs d'un seul cohéritier et que l'acte par lequel ils ont été transmis, est présenté pour partie comme une cession, pour partie comme une donation, le plus souvent la fraude sera à craindre. Justinien admettait alors une présomption de fraude que notre loi n'a point établie. C'est à l'appréciation discrétionnaire des magistrats qu'il faut s'en remettre sur cette question

comme sur toutes les questions de fraude. Mais il y aura lieu presque toujours de tenir pour fort suspecte la clause par laquelle le cohéritier qui cède ses droits successifs moyennant un prix, déclare donner le *surplus*, c'est-à-dire la différence entre ce prix et la valeur des droits cédés.

Que décider encore si le donataire ou le légataire des droits succcessifs d'un cohéritier a cédé ces mêmes droits à titre onéreux? Le retrait pourra être exercé, car il est impossible d'admettre qu'un donataire ou un légataire ait le droit, que n'a pas un cohéritier, d'introduire forcément dans le partage un spéculateur étranger. Et cette décision s'étend sans difficulté au sous-cessionnaire à titre gratuit du cessionnaire à titre onéreux. En vain objecterait-on que ce donataire ou ce légataire n'est pas, comme son auteur, suspect du même esprit de trafic et de capacité. Il est, en effet, répondons-nous, l'ayant-cause du cessionnaire contre lequel le retrait était admissible et ce cessionnaire n'a pu lui transmettre plus de droit qu'il n'en avait lui-même.

Le retrait successoral a-t-il lieu contre le créancier auquel l'un des cohéritiers a cédé ses droits successifs en payement de ce qui lui est dû ? L'art. 1701 affranchit, il est vrai, du retrait la cession de droits litigieux faite au créancier en payement de ce qui lui est dû, et l'on a voulu appliquer par analogie cette exception au retrait successoral. Mais c'est là une exception et qui, par conséquent, en peut être étendue, en une matière surtout tout exceptionnelle comme celle que nous étudions. La loi n'a nullement admis une telle fin de non recevoir : Les cohéritiers sont seul juges de savoir s'il convient d'écarter le cessionnaire.

Le cessionnaire par voie d'échange, est-il passible du retrait successoral ? On pourrait en douter, car le retrayant doit le remboursement du prix de la cession, et ici le prix n'est pas indiqué d'une manière précise, on ne connait pas *de plano* la somme que le retrayant aura à rembourser au cessionnaire. Mais tous les

inconvénients que l'on a cherché à éviter en établissant le retrait se représenteraient par cette voie détournée. Aussi la doctrine se prononce-t-elle pour le retrait. En effet l'art. 841 exige seulement que la cession soit à titre onéreux, peu importe la nature du prix ; c'est la faute du cessionnaire si, devant prévoir l'action des cohéritiers, il s'est exposé à recevoir au lieu de l'objet même donné en échange, sa valeur estimative.

Le retrait s'applique-t-il à l'acquisition de droits successifs faite par voie d'adjudication judiciaire ? Nous l'admettons, car la loi n'a point établi d'exception en pareil cas ; or, il ne peut y avoir d'exception sans texte. Un texte aurait été nécessaire pour établir à ce sujet une différence juridique entre l'adjudicataire et l'acheteur, si grande que soit, en effet, cette différence au point de vue simplement moral.

CHAPITRE III

De l'Action en Retrait.

Nous examinerons dans ce chapitre trois questions :

1° L'héritier qui a exercé le retrait successoral peut-il être contraint de communiquer à ses cohéritiers le bénéfice du retrait ; — 2° à partir de quel moment et jusqu'à quel moment les cohéritiers peuvent-ils excercer le retrait ; — 3° le droit en retrait successoral peut-il cesser.

Selon l'art. 841, le cessionnaire de droits successifs « peut-être écarté du partage, soit *par tous les cohéritiers*, soit *par un seul.* »

Chaque héritier a donc le droit d'agir individuellement pour son compte : dans ce cas il profitera seul du retrait, et il en profitera pour le tout. Si tous agissent ensemble, ils partagent le bénéfice de l'action : mais est-ce par tête, ou à raison de leur droit héréditaire ? Nous admettrions plus volontiers qu'ils partagent par tête. En effet, chaque héritier a le droit d'agir pour tout, quelle que soit sa part dans la succession ; c'est donc que sa part héréditaire n'est point prise en considération et ne peut influer sur le résultat de l'action.

Supposons qu'un seul des cohéritiers ait exercé le retrait. Les autres cohéritiers, qui n'ont point concouru ou même qui ont refusé d'y concourir, pourront-ils le contraindre à leur communiquer le bénéfice du retrait ?

Cette question est d'un intérêt important pour le cohéritier qui a agi seul, car les acheteurs de droits successifs ont coutume de traiter à des conditions avantageuses, et il a pu faire une excellente opération en se substituant à eux.

On a prétendu que l'héritier qui a exercé le retrait pouvait être tenu de mettre en commun l'avantage qu'il a recueilli. On argumente du silence de l'art. 841 au sujet de la subrogation de celui qui a exercé le retrait : l'art. 841 se borne à dire que le cessionnaire pourra être écarté du partage. Donc, celui-ci une fois écarté, les droits cédés, dit-on, rentrent dans la masse au profit commun de tous les cohéritiers. Mais c'est en vain que les partisans de cette opinion, objectent que notre article n'a point prononcé la subrogation du retrayant au lieu et place du retrayé : car cette subrogation est l'effet naturel du retrait au profit de quiconque a qualité pour l'exercer. Par cela même que l'art. 841 attribue à chacun des cohéritiers, individuellement, qualité pour exercer le retrait, il prononce nécessairement aussi la subrogation au profit de celui d'entre eux, qui l'a, en effet, exercé. On argumente encore de l'assimilation qu'on déclare exister entre les cohéritiers et les

associés et d'après laquelle les uns, à l'instar des autres, doivent mettre en commun les bénéfices que chacun d'eux a pu faire à l'occasion des biens héréditaires. Cette assimilation est complètement inexacte ; elle rencontre de plus une objection dans le texte même de l'art. 841 qui, en attribuant à chacun des cohéritiers séparément le droit d'agir, lui attribue, par cela même, séparément, le bénéfice de son action. D'ailleurs, il faut le dire, le retrait successoral est un droit moral exclusivement. Quel est l'intérêt des cohéritiers ? C'est que le cessionnaire soit écarté du prestige. Cet intérêt, purement moral, est sauvegardé par seul que l'héritier agit en retrait ; dès lors l'action est épuisée, et les cohéritiers sont en réalité sans intérêt, et partant sans droit. Quant au profit que le retrayant retire de son action, c'est une chose secondaire. Si l'affaire était désavantageuse, il n'aurait aucun recours contre ses cohéritiers : ne serait-il point injuste que ceux-ci eussent une part dans les bénéfices alors qu'ils n'en ont point dans les pertes ?

A partir de quel moment le cohéritier, qui a le premier exercé le retrait, aura-t-il ôté a ses cohéritiers le droit de partager avec lui les bénéfices ?

Ecartons une première opinion d'après laquelle le droit est acquis au cohéritier par cela seul qu'il a le premier formé la demande en retrait contre le cessionnaire. Tant que le cessionnaire n'a point acquiescé volontairement ou judiciairement, le cessionnaire ne peut, à notre avis, être considéré comme approprié. Nous n'exigeons pas non plus, comme le veulent certains auteurs, pour que les autres cohéritiers ne soient plus à temps pour demander à participer à l'exercice du retrait, que le remremboursement du prix de la cession ait été fait par le retrayant au retrayé. Le remboursement n'est que l'exécution du retrait : mais le retrait, en droit, peut être consommé entre le retrayant et le retrayé, avant le remboursement effectif.

Nous adoptons, quant à nous, une troisième opinion, qui nous

paraît être la véritable, et d'après laquelle il faut considérer le retrait comme consommé, et par conséquent le droit comme acquis au profit de celui des cohéritiers qui l'a exercé, lorsqu'il existe soit un acquiescement volontaire de la part du retrayé, soit une décision judiciaire définitive, qui a admis le retrait. Il ne suffirait point d'une simple notification manifestant l'intention d'exercer le retrait (1).

2° A partir de quel moment et jusqu'à quel moment les cohéritiers peuvent-ils exercer le retrait ?

Les cohéritiers peuvent exercer le retrait successoral dès qu'il y a cession, car le cessionnaire a, dès ce moment, avec le droit de figurer au partage, un droit d'immixtion dans les affaires de l'hérédité. Ils ont le droit d'agir avant même toute demande en partage ; si les héritiers ont, aux termes de l'art. 841, le droit d'écarter le cessionnaire du partage, ce n'est pas, comme le prétendent des auteurs, que l'action doit être postérieure au partage. Ces mots *écarter du partage* indiquent simplement le but du retrait ; ils n'établissent en aucune façon une condition requise pour que l'action puisse être formée.

Les cohéritiers ont le droit d'agir jusqu'à la fin des opérations du partage (2). Le texte de l'art. 841, loin d'être contraire à cette interprétation, dispose, sans restriction ni limitation, que le cessionnaire peut être *écarté du partage*. Or, le partage, qui est seulement commencé, est toujours à faire ; donc, le retrait est possible tant que le partage n'est point terminé. Et cela paraît logique : il se peut, en effet, que les héritiers n'aient point, dans le premier moment, des données assez précises sur la consistance active et passive de l'hérédité pour savoir s'il leur sera avantageux d'exercer le retrait. Il se peut aussi qu'ils ne prévoient point, dès

(1) En ce sens : Caen, 28 mai 1867, D. P. 68, 2, 190.
(2) En ce sens : Nîmes, 16 mai 1861, Sir. 61, 2, 454.

l'abord, les difficultés à raison desquelles il leur importerait d'écarter le cessionnaire du partage, et que les inconvénients de sa présence ne se présentent que plus tard.

Mais si le partage venait à être rescindé, le retrait pourrait-il être exercé après le partage ? Les cohéritiers nous semblent conserver, dans ce cas, leur droit intact au retrait. Du moment que le partage est rescindé, il n'y a plus de partage ; les choses sont remises au même état qu'auparavant. Dira-t-on que l'exercice du retrait doit être refusé pour le cas où le cessionnaire aurait concouru aux opérations du partage dont la nullité ou la rescision est demandée, sous le prétexte que les héritiers n'ont aucun intérêt à exclure ce cessionnaire puisqu'il se trouve initié à tous les secrets de la famille ? Nous répondons, ici encore, que la crainte de l'indiscrétion n'est point le seul motif du retrait successoral : les héritiers ont aussi à redouter l'esprit de cupidité et de chicane, et l'épreuve qu'ils ont pu faire lors du partage contesté peut rendre d'autant plus désirable l'exclusion de l'étranger cessionnaire.

3° Examinons, maintenant, les cas dans lesquels le droit au retrait successoral peut cesser.

Nous avons vu plus haut, en étudiant le retrait litigieux, qu'il ne peut plus être exercé dans trois cas : 1° lorsque la cession est faite à un cohéritier ; 2° lorsqu'elle est faite à un créancier en payement de ce qui lui est dû ; 3° quand elle est faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux. Nous avons examiné les deux premiers cas et nous avons vu que si le premier était applicable au droit successoral en vertu de l'art. 841, il en était différemment du second. Quant au troisième, il faut décider de même qu'il n'y a pas lieu de l'appliquer au retrait successoral. En effet, l'art. 1701 qui le vise étant lui-même une exception au droit litigieux ne peut pas être étendu par analogie à un cas pour lequel il n'est pas fait. Du reste même, aucune analogie n'existe entre

les deux cas, car si l'on comprend que le retrait litigieux ne puisse pas être exercé, quand la cession est faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux, parce que dans ce cas la cession a une cause légitime, celle de consolider la possession, rien de semblable ne se représente pour le retrait successoral, qui tend à écarter les étrangers du partage ; peu importe donc que le cessionnaire soit en possession de l'hérédité. Il n'en reste pas moins étranger.

Le droit de retrait cesse quand les héritiers y ont renoncé. Nous avons admis qu'ils y peuvent renoncer expressément : ils peuvent aussi y renoncer tacitement. Mais il faut que, sur cette renonciation tacite, il ne puisse s'élever aucun doute, car personne n'est, selon un principe général de droit, présumé renoncer à un droit qui lui appartient. On n'admettra donc la renonciation que lorsque les héritiers ont manifesté par des faits non équivoques leur intention de renoncer. De ce que les cohéritiers du cédant ont procédé avec le cessionnaire à une opération quelconque du partage, il ne résultera point toujours de là, par exemple, leur renonciation tacite au droit d'exercer le retrait successoral. Une règle de droit décide, en effet, que le retrait successoral peut être exercé jusqu'à la consommation du partage. Il n'est pas même nécessaire que les héritiers fassent, dans ces circonstances, des protestations et se réservent l'exercice du retrait successoral.

Il faudrait donc, pour que l'on pût induire contre les cohéritiers une renonciation tacite au retrait, des actes desquels cette renonciation résultât nécessairement. Ces actes doivent impliquer une attribution irrévocable par les cohéritiers eux-mêmes au cessionnaire d'un droit dans les biens de la succession. Tels seraient, par exemple : le partage du mobilier de la succession, fait par les cohéritiers avec le cessionnaire ; la donation faite en commun à un tiers par les cohériters et par le cessionnaire, d'un

bien de la succession ; la vente d'un immeuble de la succession faite conjointement par eux. Ces divers actes supposent, en effet, qu'il est accepté comme ayant-cause de l'héritier qui lui a cédé ses droits successifs. Ajoutons toutefois, que si le cessionnaire avait une autre qualité pour intervenir dans les actes relatifs à la succession, on ne pourrait plus supposer que ce concours implique nécessairement, de la part de l'héritier, l'intention de renoncer au retrait. Le mari, devenu cessionnaire d'un cohéritier dans une succession où sa femme figure comme héritière, autorise sa femme lors de la vente d'un immeuble de la succession : il agit en qualité de mari, non en celle de cessionnaire, et sa femme ne renonce point par là même à l'écarter du partage.

CHAPITRE IV

Conditions du Retrait.

Sous quelles conditions le retrait successoral peut-il être exercé? En remboursant au cessionnaire le prix de la cession, répond l'article 841. Le ou les retrayants n'ont point à évaluer contradictoirement avec le cessionnaire la portion héréditaire qui a été cédée, car il faudrait pour cela l'admettre dans les opérations même dont le retrait a précisément pour but de l'écarter. Ils n'ont point non plus à tenir compte des augmentations ou des diminutions qui ont pu survenir, depuis la cession à l'exercice du retrait, dans la valeur des biens successifs. Ils se substituent

purement et simplement au retrayé et prennent à leur compte la cession qui a été faite à celui-ci, telle qu'elle a été faite, et, par conséquent, avec l'obligatien de rembourser au retrayé le prix de cette cession. Le *prix réel,* faut-il ajouter avec l'article 1699.

Le retrayant serait donc admis, si le prix avait été frauduleusement exagéré dans l'acte de cession, à faire la preuve par tous les moyens de droit, et lorsqu'il aura établi cette preuve, il n'aura qu'à rembourser le prix qui avait été réellement convenu : les magistrats détermineraient au besoin ce prix à l'aide des circonstances de fait. Inutile d'ajouter que le retrayant ne doit le remboursement des droits d'enregistrement que sur le pied dn prix réel de la cession. Si le retrayé demeure en perte, c'est le jaste châtiment de sa faute.

Mais celui qui exerce le retrait sucessoral doit, comme celui qui exerce le retrait litigieux, rembourser, non-seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts, avec les intérêts, à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite (art. 1699). Le mot *prix* de l'article 841 doit s'entendre dans une acception large, pour désigner toutes les charges de la cession. Il faut en effet que le cessionnaire de droits successifs soit rendu complètement indemne et qu'il échappe à toute perte par l'effet du retrait.

Les intérêts doivent-ils se compenser avec les fruits que le cessionnaire peu avoir perçus ? En fait, le cessionnaire aura rarement perçu des fruits, puisque la succession étant indivise, les fruits sont perçus pour le compte de la masse. Si cependant il a perçu des fruits, les intérêts lui sont quand même dus à partir du jour où il a payé le prix de la cession à lui faite, sauf à déduire la valeur estimative des fruits (1). En effet, la loi ne prononce point ici de compensation, et cela se conçoit, car les intérêts étant tou-

(1) *Contrà* (Chambéry, 27 janvier 1872 ; D. P., 72, 2, 239.)

jours plus élevés que la valeurs des fruits, le cessionnaire ne serait point complètement indemnisé, ce que la loi exige.

Quel est le prix que le retrayant doit rembourser, si le cessionnaire a cédé lui-même les droits qu'il a achetés pour un prix différent? Ce prix est celui qui a été payé en dernier lieu (1). On peut sans doute répondre que le second cessionnaire n'est que l'ayant cause du premier cessionnaire qui ne lui a transmis la succession que sous l'affectation du droit de retrait. Il est certain que l'héritier pouvait écarter le premier cessionnaire, mais il ne l'a pas fait, et la première cession lui est tout à fait devenue étrangère. Dira-t-on qu'il avait un droit au retrait? Non, il avait seulement la faculté de l'exercer, et cette faculté il la perd en ne l'exerçant point avant la revente. En définitive, qui est exproprié ? C'est le second cessionnaire, c'est donc lui qui doit être indemnisé, et il doit l'être de toute la perte qu'il éprouve : car cette perte c'est le prix qu'il a payé au premier cessionnaire.

Il peut se faire que le prix de la cession, au lieu de consister dans une somme d'argent, soit représenté par des objets mobiliers ou immobiliers. On évaluera, en ce cas, les objets, meubles ou immeubles, remis par le cessionnaire, et l'indemnité égale à cette valeur estimée au moment du contrat constituera le prix (2). Le retrayant ne peut, bien entendu, être tenu de restituer ces objets, puisqu'il ne les a point en sa possession : le cédant n'est point tenu, lui non plus, de les restituer, car la cession est maintenue de tous points, entre lui et le cessionnaire, et l'exercice du retrait n'y saurait porter atteinte. Dans le cas où la cession comprendrait, pour un seul et même prix, d'autres biens que les droits successifs du cédant, on déterminerait alors à l'aide d'une ventilation la

(1) En ce sens : (Besançon, 5 juin 1857, Sir, 58, 2, 292), *Contrà*, Demolombe, t. IV, nos 110 et 111.

(2) En ce sens ; (Chambéry, 27 janvier 1872, D. P., 72, 2, 239). (Bordeaux, 25 mars 1857, Sir., 58, 2, 289.)

portion du prix stipulée pour les droits successifs. Cette ventilation, il est vrai, sera toujours plus ou moins arbitraire, mais le cessionnaire devait s'attendre au retrait, et s'il n'a point fixé un prix distinct pour les droits successifs, il ne peut se prévaloir de sa faute ou de sa fraude pour y échapper.

Le prix peut consister en une rente viagère et l'on demande en ce cas ce que le retrayant doit rembourser au cessionnaire, le capital de la rente ou les arrérages échus et ceux à percevoir. Si le créancier de la rente viagère est vivant, le retrayant doit rembourser au retrayé les arrérages qu'il a payés, en y joignant même les intérêts, à compter de chaque paiement, et désormais servir au cédant les arrérares, au lieu et place du retrayé. Mais si le créancier de la rente viagère est décédé, le retrayant n'est tenu de rembourser au retrayé que les arrérages de la rente viagère par lui payés jnsqu'au jour où elle s'est éteinte. Le retrayant est en effet réputé avoir lui-méme traité directement avec le cédant. et comme le retrayé avait acheté moyennant une rente viagère, c'est-à-dire sous la condition de servir les arrérages, pendant la vie du créancier, et d'en être libéré après sa mort, le retrayant se substitue au retrayé, sous la même condition.

Que décider dans le cas où l'obligation, contractée par le cessionnaire envers le cédant est à un terme qui n'est pas échu ? Le retrait, nous le savons, n'est qu'une subrogation aux droits du cessionnaire : le retrayant ne doit donc payer le prix de la cession que lorsque le cessionnaire est obligé de le payer. Certains auteurs pensent que le retrayant ne jouira pas du bénéfice du terme et devra immédiatement payer le prix, parce que devant rendre le retrayé complètement indemne il ne satisferait pas à cette obligation s'il le laissait obligé envers le cédant, c'est donc sa libération actuelle qu'il doit lui procurer, à moins qu'elle ne soit impossible, si par exemple le terme a été stipulé en faveur du cédant.

Mais pourquoi ôter ainsi au retrayant le bénéfice du terme ? Par

le retrait, il prend le marché du retrayé, ni plus ni moins, et de même qu'il en supporte toutes les charges, il doit en avoir tous les avantages ; il ne peut donc pas se faire qu'il soit obligé plus durement que le retrayé ne se trouve obligé, par ce marché auquel il est subrogé. Il est vrai que le cessionnaire retrayé, qui demeure ainsi débiteur personnel du cédant, se trouve exposé aux chances d'insolvabilité du retrayant, dans l'intervalle de l'exercice du retrait à l'échéance du terme où le payement devra être fait au cédant. C'est pourquoi il paraît juste de décider que le retrayant devra fournir caution au cessionnaire ; car il est de principe essentiel, en matière de retrait, que le retrayé doit toujours être complètement indemne, et il serait souverainement injuste qu'obligé de céder son contrat avec tous ses avantages, il ne fût pas au moins assuré d'être à l'abri de toute perte.

Est-il nécessaire que la demande à fin de retrait soit précédée ou accompagnée d'offres réelles ? Non, la loi ne l'exige pas, et ce serait mettre à l'exercice du retrait une condition qui n'existe point (1). Comment d'ailleurs le retrayant serait-il tenu d'offrir le prix, puisque ce prix, il peut ne point le connaître ? Parfois même le prix n'est point déterminé, et il faut procéder alors à une évalution. Comme le cessionnaire conserve son droit tant que le prix ne lui a point été payé, son intérêt est à l'abri de toute atteinte. Il suffira donc que le retrayant offre purement et simplement le remboursement du prix, sauf à décider, pour les tribunaux à quelle époque et dans quel délai le remboursement doit avoir lieu.

(1) En ce sens : Colmar, 11 mars 1807, Sir. 7, 2, 281 ; Pau, 10 juin 1830, Sir. 31, 2, 52 ; Bastia, 23 mars 1835, Sir. 35, 2, 249.

CHAPITRE V

Effet du Retrait.

Déterminons maintenant, pour achever l'étude du retrait successoral, quels sont les effets de ce retrait.

Le retrait, nous l'avons vu, n'est que le droit de prendre le marché d'un autre et de se substituer en son lieu et place. De là le nom de subrogation qu'on donnait autrefois au retrait. Ce n'est ni une annulation de la cession, ni la rescision : au contraire le contrat est complètement maintenu ; seulement le retrayant est subrogé à l'acheteur, quant aux droits et quant aux charges qui naissent de la cession. Ce n'est pas non plus une vente faite par un premier acquéreur à un second acquéreur : car la vente est un contrat : tout contrat exige le consentement des deux parties ; or, le consentement du retrayé n'est ici nullement nécessaire. Le retrait n'est donc ni une revente ni une rétrocession ; en un mot, il n'y a point mutation.

Mais si les auteurs sont d'accord sur la nature du retrait, ils sont divisés sur l'étendue d'application du principe et sur ses conséquences. Deux systèmes ont partagé et partagent encore les esprits.

Le premier système pousse à l'extrême les conséquences de l'idée de subrogation du retrayant au retrayé. La personne du retrayé, dans ce système, est complètement effacée ; il disparaît tout à fait comme s'il n'avait jamais été acquéreur. Le retrayant

le remplace activement et passivement, comme s'il avait été lui-même acheteur dès l'origine.

De là toutes les conséquences contenues dans cette idée, et entre autres, celle-ci :

1° Les droits, les hypothèques, par exemple, et les servitudes, que le retrayé a constitués au profit de tiers sur les biens compris dans la cession, sont résolus ;

2° La confusion, qui aurait pu paralyser momentanément les droits du retrayé, contre la succession, ou les droits de la succession contre le retrayé, n'existe plus ;

3° Le retrayé est complètement libéré des obligations, dont il pourrait être encore tenu envers le cédant, au moment de l'exercice du retrait ; et c'est le débiteur qui en devient seul personnellement débiteur en son lieu et place.

Nous croyons plus juridique le deuxième système d'après lequel le retrait est une opération intervenue uniquement entre le retrayant et le retrayé et à laquelle le cédant demeure étranger. Entre le retrayant et le retrayé l'un est complètement substitué à l'autre, nous le reconnaissons : d'où nous concluons aussi :

1° Que nul droit de servitude ou d'hypothèque n'aura pu s'établir, du chef du retrayé, sur les biens compris dans la cession ;

2° Que les droits que le retrayé pouvait avoir contre la succession, ou que la succession pouvait avoir contre le retrayé, renaissent, de part et d'autre, comme si aucune confusion n'avait eu lieu.

Mais là s'arrête la ressemblance avec le premier système, et l'effet du retrait ne sera plus le même lorsqu'il s'agira des relations du cédant envers le cessionnaire.

Ainsi, supposons que le cessionnaire soit encore débiteur de son prix, en tout ou en partie, envers le cédant, ou que ce prix consiste, soit dans une rente perpétuelle, soit dans une rente

viagère. Les partisans du premier système prétendent que, par l'effet du retrait successoral, le cessionnaire se trouvera libéré de son obligation personnelle envers le cohéritier cédant, et que celui-ci n'aura plus désormais pour débiteur que le cohéritier retrayant. Ils invoquent cette raison que le retrayé, étant réputé n'avoir jamais été acheteur, ne peut être débiteur du prix de la vente.

Nous ne croyons point cette doctrine fondée. L'art. 841 met seulement en scène le retrayant et le retrayé ; il tient à l'écart le cédant qu'il ne nomme même point. C'est au retrayé que le retrayant s'adresse pour l'action *en lui remboursant le prix de la cession.* Dira-t-on que ces mots attestent que le législateur n'a eu en vue que l'hypothèse où le prix a été payé par le cessionnaire au cédant ? L'argument de texte ruine, selon nous, cette objection, car l'art. 841 en disposant que le cohéritier retrayant devra rembourser le prix de la cession au cessionnaire retrayé s'élève au-dessus d'une hypothèse particulière, il proclame un principe général, et ce principe, c'est que l'indemnité, moyennant laquelle le retrait peut être exercé, doit être réglée uniquement entre le retrayant et le retrayé. Et, ce qui le prouve, c'est que si le cessionnaire a donné en payement des droits successifs, des objets certains, meubles ou immeubles, et que la cession constitue ainsi une sorte d'échange, le cédant conservera, malgré le retrait, les objets que le cessionnaire lui a livrés, et c'est à celui-ci que le retrayant en payera la valeur estimative. Or s'il était vrai, comme le soutient la doctrine que nous combattons, que le retrayé dût disparaître du marché comme s'il n'y avait jamais figuré, il faudrait décider que l'on doit lui rendre les objets qu'il a livrés au cédant, qui recevrait du retrayant la valeur estimative de ces objets. Personne cependant n'admet une telle solution. C'est donc reconnaître que le cédant demeure de tous points étranger à l'exercice du retrait et que sa position ne peut jamais recevoir la moindre atteinte.

Du reste, cette décision est très conforme à la véritable nature

du droit de retrait. Le cédant, en effet, en vendant ses droits successifs a bien vendu ce qui lui appartenait, et si le cessionnaire se trouve aujourd'hui évincé, c'est par un fait complètement étranger au cédant, et qu'il aurait dû prévoir au moment de la cession ; il ne peut donc, en aucune manière, en rendre son vendeur responsable, il a traité avec cette chance, il doit en subir les conséquences.

On ne peut dire qu'il est inadmissible que le retrayé qui perd les droits résultant de la cession, demeure néanmoins grevé des obligations qu'elle a mises à sa charge, car en réalité le retrayé ne restera point grevé de ces obligations, puisque le prix de la cession doit lui être remboursé, et qu'il doit être rendu complétement indemne. C'est ce que nous avons établi suffisamment dans le chapitre précédent en indiquant à quelles conditions était subordonné l'exercice du retrait, et en démontrant qu'il ne pourrait l'être qu'à la charge par le retrayant de ne faire subir au cessionnaire aucune perte, et, de lui donner toutes les garanties nécessaires pour qu'il n'ait rien à craindre par suite des obligations résultant du marché auquel le retrayant se trouve subrogé.

L'effet du retrait successoral est donc limité et circonscrit entre le retrayant et le retrayé.

Mais entre le retrayant et le retrayé il est complet, en ce sens que le retrayant est, de tous points, subrogé au retrayé. Il recueille tous les bénéfices, comme il assume toutes les charges. Il profitera, par exemple, des avantages qui ont pu se réaliser dans l'intervalle de la cession à l'exercice du retrait, tels que l'extinction de la rente viagère qui formait le prix de la cession, ou de la découverte de la révocation, ignorée au moment de la cession d'un testament, que l'on croyait d'abord obligatoire. Le retrayant, devenu propriétaire, peut évidemment exercer tous les droits que la propriété confère, et, en conséquence, rien ne s'oppose à ce à ce qu'il aliène les droits successifs qu'il a acquis par l'exercice du retrait. Le législateur, lorsqu'il a autorisé les cohéritiers a

exercer le retrait successoral, a oublié qu'ils pourraient se livrer à un véritable trafic, en n'achetant peut-être que pour revendre à plus haut prix.

Mais à compter de quelle époque le retrayant acquiert-il, par l'effet du retrait, la propriété des biens compris dans la cession ? Est-ce du jour où la cession a été consentie, ou du jour où il a exercé le retrait ?

La cour de cassation a décidé que le retrait n'a point d'effet rétroactif (1). Cette décision est en contradiction manifeste avec les principes qui régissent le retrait. Nous l'avons démontré, le retrait n'est point une rétrocession, c'est une subrogation. N'est-ce pas dire que la cession produit à l'égard du subrogé tous les effets qu'elle devait produire au profit du cessionnaire ? Or celui-ci est propriétaire des droits successifs qu'il a achetés, à partir de son contrat ; donc le subrogé doit aussi être propriétaire à partir de ce moment. Il est de principe que le retrait n'opère pas de mutation ; donc le retrayant n'acquiert pas les droits successifs du cessionnaire, il les acquiert du cédant, et à partir de la cession. Dans le système de la cour de cassation, le retrait opérerait nécessairement une mutation. C'est là une conclusion que tout le monde repousse. Mais s'il est vrai que le retrait n'opère point une mutation, il faut être logique et admettre qu'il retroagit au jour de la cession.

Nous terminons ici l'étude du retrait successoral.

(1) 31 mai 1859, D. P. 59. 1. 241.

III

DU RETRAIT D'INDIVISION

Le Code civil, outre le retrait litigieux et le retrait successoral, a admis un troisième cas de retrait que l'on appelle le Retrait d'Indivision.

Ce dernier cas de retrait, qui a son origine dans la loi 78, D., *De jure dotium* (23, 3) est prévu par l'art. 1408 qui contient l'exception la plus remarquable au principe posé par le législateur dans l'art. 1401, d'après lequel tous les immeubles acquis par les deux époux pendant le mariage tombent dans l'actif commun et forment un conquêt de communauté.

L'art. 1408 est ainsi conçu : « L'acquisition faite pendant le « mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un « immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne « forme point un conquêt ; sauf à indemniser la communauté de la « somme qu'elle a fournie pour cette acquisition.— Dans le cas « où le mari deviendrait seul, et en son nom personnel, acqué- « reur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble « appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolu- « tion de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la « communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme « de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer « l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'ac- « quisition. »

Le législateur prévoit deux hypothèses bien distinctes :

Première hypothèse (art. 1408, al. 1). — L'un des époux communs acquiert la portion de l'immeuble dont il n'était point propriétaire.

Deuxième hypothèse (art. 1408, al. 2).— C'est à la femme qu'appartient en propre une portion indivise d'immeuble, et le mari se rend en son nom personnel acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité de l'immeuble appartenant par indivis à sa femme.

La première partie de l'art. 1408 ne fait point, à proprement parler, partie de notre étude du retrait d'indivision. Je l'étudierai néanmoins parce que le champ d'application de l'al. 1 détermine le champ d'application de l'al. 2. Il s'agit, en effet, dans l'al. 2, de conserver à la femme la faculté qui résulte pour elle de l'al. 1, faculté dont elle pourrait être privée par les agissements du mari.

Examinons la première hypothèse et étudions à son sujet les trois questions suivantes : Quels sont les cas auxquels s'applique la première partie de l'article. — 2° Cause de la dérogation établie par cet article. — 3° Conditions exigées pour l'exercice de ce droit.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE

I. — *Des cas auxquels s'applique la première partie de l'article.*

L'un des époux est, avec une ou plusieurs autres personnes, propriétaire par indivis d'un immeuble. L'immeuble lui est attribué à la suite d'une licitation, ou bien il achète la part de ses consorts. Cette acquisition étant faite à titre onéreux, devrait former un conquêt, par application du principe général écrit dans l'art. 1401-3°; mais la loi, dérogeant à cette disposition,

décide que l'acquisition formera un propre pour l'époux, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle aurait fourni pour l'acquisition.

D'ailleurs, le cas de licitation n'est point le seul auquel s'applique l'exception consacrée par notre article. L'art. 1408 dit : « à titre de licitation *ou autrement.* » Le terme *ou autrement* comprend tous les modes d'acquisition, sans en excepter un seul.

Il a été ajouté sur les observations du Tribunat, de sorte qu'il n'y a aucun doute sur l'esprit de la loi. Le Tribunat fit remarquer qu'il n'y avait point de raison de limiter le droit de l'époux au cas où il aurait acquis la portion indivise par licitation ; son droit doit être le même dans le cas de toute acquisition volontaire à titre onéreux, parce qu'il y a identité de motifs. Ainsi la même solution sera donnée dans le cas d'un partage d'un ensemble de biens, si l'on attribue à l'époux un lot grevé d'une soulte, et en général pour tous les cas, dans lesquels l'indivision aurait cessé par des actes qui n'auraient point reçu qualification de partage, mais qui auraient en réalité la nature de cet ordre.

En faut-il dire autant de l'adjudication qui se fait après expropriation forcée d'un immeuble saisi sur l'époux et ses copropriétaires ? L'affirmative, quoique très contestée, ne nous paraît point douteuse, car les termes de l'art. 1408 sont tellement absolus qu'ils ne comportent aucune distinction.

2° *Quelle est la cause de cette dérogation ?*

Pothier et, à sa suite, la plupart des auteurs y voient une conséquence du principe posé en matière de partage par l'art. 883. En droit français, à la différence du droit romain, le partage n'est point attributif, mais simplement déclaratif de propriété : chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les

effets compris dans son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. « Le défunt, dit Pothier, est censé avoir, dès l'instant de son décès, saisi en entier chacun de ses héritiers de toutes les choses comprises dans leur lot. » La conséquence de ce principe est que les immeubles échus par le partage à l'un des héritiers sont des propres de succession pour le tout. Pothier applique ce principe au cas de communauté et conclut que les immeubles attribués à l'époux commun sont des propres de communauté pour le tout. Il étendait le principe qui régit le partage à la licitation qui est en réalité un mode de sortir de l'indivision. « Si une chose commune, dit l'art. 1686, ne peut être « partagée commodément et sans perte, ou si, dans un partage « fait de gré à gré de biens communs, il s'en trouve quelques uns « qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre, la « vente s'en fait aux enchères. » La licitation entre cohéritiers a donc le même objet, la même fin que le partage ; elle est regardée comme un acte qui tient lieu du partage ; par suite, elle ne fait que déterminer les parts que chacun des héritiers licitants a dans la chose licitée. L'adjudicataire est censé avoir succédé immédiatement au défunt pour le total de l'héritage qui lui a été adjugé et n'avoir rien acquis de ses cohéritiers. De là la conséquence que l'héritage adjugé par licitation à l'un des héritiers lui est propre pour le tout, en matière de succession, il forme donc aussi un propre de communauté. Telle est la thèse soutenue par Tronchet au sein du Conseil d'Etat, d'après l'explication admise par Pothier.

Nous ne croyons point cette doctrine exacte. On ne peut d'abord invoquer ici la fiction de l'art. 883, car cet article établit une fiction et toute fiction doit être restreinte dans les limites de la loi. Quel est d'ailleurs le but de l'art. 883? C'est d'empêcher que les concessions de droits réels, notamment d'hypothèques, faites pendant l'indivision, ne grèvent l'immeuble quand, par l'effet du

partage, il est mis dans le lot d'un cohéritier de celui qui a constitué l'hypothèque. Ainsi donc, l'art. 883 ne concerne que les rapports des cohéritiers entre eux et avec les concessionnaires de droits réels. Au contraire, l'art. 1408 vise les rapports du cohéritier adjudicataire ou acquéreur avec ses propres ayant-cause, car le conjoint de l'adjudicataire est son ayant-cause à titre d'associé. Il est étranger à l'hypothèse pour laquelle la fiction du partage déclaratif a été imaginé.

Ce qui prouve d'ailleurs à l'évidence que l'art. 883 n'est point applicable en matière de communauté, c'est que, si on l'appliquait il faudrait dire que l'époux adjudicataire sur licitation n'est point acquéreur, partant, ses cohéritiers qui reçoivent leur part du prix ne seraient pas sensés recevoir un prix de ce qu'ils n'ont point vendu, ils recevraient donc une valeur mobilière ; par suite, cette valeur devrait entrer en communauté. En vain dirait-on qu'elle représente une part de l'immeuble ; oui, dans la réalité, non, d'après la fiction de l'art. 883, puisque les cohéritiers n'ont jamais eu de droit dans l'immeuble. Cette conséquence de la fiction est repoussée par tout le monde. Donc écartons cette fiction dans notre interprétation de l'art. 1408 (1).

En résumé, le principe de l'effet déclaratif du partage ne saurait s'appliquer au cas prévu par l'art. 1408.

Siméon, l'orateur du Tribunat, a fourni de l'art. 1408 une explication différente de celle soutenue par Tronchet au Conseil d'Etat : « L'un des époux a en propre la moitié dans un immeuble qu'il « possédait par indivis avec un tiers. Cet immeuble est licité ; « l'époux copropriétaire en devient acquéreur. La moitié par lui « acquise entre-t-elle en communauté ? Elle semble devoir y « entrer puisque l'acquisition faite pendant le mariage a le carac- « tère d'un conquêt de commuuauté. Mais alors, l'indivision que

(1) En ce sens : Rejet, 30 Janvier 1850. (Dalloz, 1850, 1. 171).

« la licitation devait faire cesser, aurait continué ; l'époux copro-
« priétaire de la moitié et acquéreur de l'autre moitié aurait en
« commun avec son conjoint la moitié acquise. On a décidé que
« l'époux acquéreur se rendait propre la portion qu'il achète, à la
« charge d'indemniser la communauté de la somme qu'il y a prise
« pour son acquisition. »

Telle est, selon nous, la véritable explication de la disposition exceptionnelle formulée par l'art. 1408. — 1°. La loi n'a point voulu perpétuer l'indivision qui, sans cette disposition, ne cesserait d'exister entre l'époux copropriétaire et ses consorts que pour continuer entre cet époux et la communauté devenue propriétaire des parts acquises. La part indivise qui appartenait à l'époux dans l'immeuble et qui constituait pour lui un propre, a ainsi l'énergie d'attirer à elle les autres parts indivises dont cet époux fait l'acquisition. Le résultat obtenu par la loi est ainsi plus conforme à la volonté probable des époux comme à l'intérêt général de la société qui exige que l'indivision ne se perpétue point.

3° *Conditions exigées pour l'exercice de ce droit.*

Quatre conditions sont requises par l'application de l'art 1408, al. 1.

La première condition exigée par notre article, pour que l'acquisition devienne un propre, est qu'elle soit faite par l'un des époux qui était propriétaire d'une portion *indivise* dans un immeuble. L'article ne recevrait donc pas son application au cas où, l'indivision ayant cessé par un partage qui a attribué à l'époux une part *divise* dans l'immeuble, cet époux acquerrait les autres parts attribuées par le partage à ses consorts : l'acquisition profiterait en ce cas à la communauté. On n'est plus ici dans l'exception ; par conséquent on rentre dans la règle.

Est-il nécessaire que l'indivision ait commencé avant le mariage ? Non, peu importe qu'elle ait pris naissance avant le mariage ou pendant. Il est seulement nécessaire que le droit indivis appartenant à l'époux soit un propre. Toutefois, il faut distinguer : un droit indivis acquis avant le mariage est un propre puisque tout droit immobilier appartenant à l'époux lors du mariage est un propre, qu'il provienne d'une succession où d'une acquisition à titre onéreux, mais si le droit indivis a été acquis par l'époux pendant le mariage, il faut qu'il ait été acquis en vertu d'un titre qui constitue un propre, soit à titre de succession, donation, legs ou tout autre titre : peu importe la cause qui a donné naissance à l'indivision. Mais si le droit indivis est acquis par vente, l'acquisition sera un conquêt, et par suite l'art 1408 devient inapplicable. De même si cette portion indivise est tombée dans la communauté, soit parce qu'elle a été donnée à l'époux à la condition qu'elle tomberait dans la communauté, soit parce qu'elle a été attribuée à la communauté par une clause du contrat de mariage, alors c'est la communauté qui est copropriétaire de l'immeuble, et c'est à elle que profiteront les acquisitions des autres portions indivises. Il faut que la portion indivise de l'un des époux dans l'immeuble lui appartienne en propre. Telle est la deuxième condition.

En troisième lieu, l'acquisition des parts indivises appartenant aux consorts de l'époux doit avoir été faite à titre onéreux, par argument des mots « de la somme fournie pour l'acquisition. » Si donc ces parts ont été acquises par donation entre vifs ou testamentaire, il y aura lieu à l'application de l'art. 1405, et non de l'art. 1408. Qu'importe, dira-t-on, puisque l'application de l'art. 1405 conduit également à décider que les parts acquises seront propres ? Quel intérêt y a-t-il à dire qu'elles sont propres d'après l'art. 1405 plutôt que d'après l'art. 1408 ? Il importe beaucoup, car l'art. 1405 recevant ici son application, à l'exclusion de l'art 1408, il en résulte que les parts acquises par donation pourront tomber

dans la communauté en vertu d'une clause formelle de la donation, et qu'elles y tomberaient également si la donation avait été faite aux deux époux conjointement sans assignation de parts. Mais du moment que l'acquisition a été faite à titre onéreux, il importe peu comme nous l'avons dit plus haut, que ce soit par vente, cession, transaction ou tout autre fait juridique.

Mais faut-il que l'acquisition par l'époux de la portion indivise fasse cesser l'indivision d'une manière complète ? La loi n'a point exigé une telle condition (1), et l'interprète doit se conformer au texte de la loi. L'opinion de ceux qui exigent cette condition compte cependant de nombreux partisans. L'esprit de la loi, disent-ils, ne permet d'appliquer sa disposition qu'au cas où l'indivision a cessé complètement par l'acquisition de toutes les parts des consorts. Mais l'esprit de la loi est incertain, tandis que son texte est positif, le plus sûr est de s'y tenir. Si cette question est controversée, il n'en est pas de même de celle de savoir si l'art. 1408 est applicable quand l'époux acquiert, d'une manière successive et par des actes séparés, toutes les parts de ses copropriétaires. Cela s'explique parfaitement dans l'opinion que nous venons d'adopter, puisque chacun des actes successifs constitue un propre au profit de l'époux. Mais dans l'opinion qui exige la cessation complète de l'indivision, il y a un doute sérieux, car les premières acquisitions, ne faisant cesser l'indivision que partiellement, ne forment pas des propres par elles-mêmes, et par suite elles entrent en communauté : comment des acquêts peuvent-ils être transformés ensuite en propres lorsque l'indivision vient à cesser complètement ? Il faut supposer pour cela que les diverses acquisitions ne forment qu'un seul et même acte ; mais cette supposition est une fiction que le législateur seul peut créer.

On se demande si l'art. 1408 s'applique dans le cas où l'époux

(1) En ce sens : (Lyon, 21 janvier 1876, Dalloz, 1878, 2, 38.) (Bordeaux, 15 mai 1871, D. P., 71, 2, 237.)

acquiert des parts indivis dans une succession, partie mobilière, partie immobilière. La négative, très discutée, nous paraît cependant résulter du texte même de la loi : « L'acquisition faite pendant le mariage de portion d'un *immeuble*, dont l'un des époux était propriétaire par indivis ne forme point un conquêt. » Il s'agit donc dans le texte d'un immeuble indivis entre l'époux et un copropriétaire. Il ne s'agit point, dans l'espèce, d'un immeuble indivis, mais d'une succession composée de meubles et d'immeubles et il faudrait singulièrement étendre les termes de l'article 1408 pour appliquer à l'acquisition d'une portion indivise dans une *succession* ce que l'article 1408 dit de l'acquisition d'une portion indivise dans un *immeuble*. On répond, il est vrai, que le mot immeuble, dans notre article, ne désigne pas un corps certain mais s'oppose au terme *meuble* pour indiquer les objets qui, d'après leur nature, sont exclus de la communauté. Interprétation singulièrement forcée, car la loi, après avoir posé en principe dans l'article 1401, que les *immeubles* acquis pendant le mariage sont des conquêts, apporte des exceptions à cette règle dans divers articles, l'art. 1406 relatif à un immeuble acquis par donation, l'art. 1406 relatif à l'immeuble cédé par un ascendant à titre de *datio in solutum* ou à charge de payer les dettes du donateur, l'art. 1407 relatif à l'immeuble acquis à titre d'échange d'un propre immobilier ; enfin l'art. 1408. Règle et exceptions ne portent que sur des immeubles considérés comme corps certains. Comment l'art. 1408 qui fait suite à ces dispositions prendrait-il le mot immeuble dans un sens différent. Du reste, l'art. 1408 suppose que l'immeuble est acquis par licitation : licite-t-on toute une succession ? Dans les divers articles que nous venons d'énumérer, la loi n'a examiné qu'une seule question, celle de savoir si tel immeuble acquis pendant le mariage sera un propre ou un conquêt (1).

(1) En ce sens : (Montpellier, 5 avril 1870, Dalloz, 1870, 2, 226.) Bastia, 5 février 1890, Sir., 70, 2, 136. *Contrà*, (Riom, 15 novembre 1869, Dalloz, 1869, 2, 231); Montpellier, 5 avril 1870, Sir., 1870, 2, 238.

La quatrième et dernière condition est que l'acquisition ait été faite par l'époux propriétaire de la portion indivise ou tout au moins avec son concours. Ainsi c'est à la femme qu'appartient en propre la portion indivise; les parts de ses consorts sont achetés par la femme régulièrement autorisée, ou par les deux époux conjointement (1), ou par le mari agissant comme mandataire de la femme; l'art. 1408 s'appliquera. Au contraire, il ne s'appliquera plus, si l'acquisition est faite par le mari sans le concours de la femme et sans mandat de la part de celle-ci; nous tombons alors dans l'hypothèse de l'al. 2 à l'étude duquel nous arrivons, et dont le champ d'application nous est déjà connu.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE

Le deuxième alinéa de l'art. 1408 suppose que le mari se rend acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme : mais le mari a agi seul et en son nom personnel; ce n'est pas au nom de la femme et comme son mandataire qu'il acquiert la part ou la totalité de l'immeuble propre à sa femme.

Une question, en ce cas, se pose : L'acquisition faite par le mari profitera-t-elle à la communauté ou procurera-t-elle un propre à la femme ?

Attribuer définitivement cette acquisition à la communauté eût été assez injuste, car pourquoi priver la femme du droit de devenir propriétaire de la totalité de l'immeuble, dont une portion indivise lui appartient en propre, lorsque son mari, sans la prévenir peut-être, ou même après l'avoir tenue à l'écart, a fait

(1) (Pau, 27 juillet 1885, Sir., 87, 2, 84.)

acquisition, soit de la totalité de l'immeuble, soit de la part de ses consorts ? Ce serait au mari de faire l'acquisition pour elle et en son nom, puisqu'elle a, par hypothèse, intérêt à acquérir les portions indivises de ses copropriétaires ; au lieu de veiller aux intérêts de sa femme, il agit comme chef de la communauté, afin de prendre sa part dans le bénéfice de l'acquisition. La loi n'a pu favoriser ce calcul intéressé. Mais, d'un autre côté, cependant, imposer à la femme l'acquisition faite par la mari en la lui attribuant à titre de propre, c'était l'exposer à un autre péril ; car cette acquisition peut ne pas lui convenir, peut-être aussi a-t-elle été faite dans des conditions désavantageuses, et pourquoi obliger alors la femme, qui n'y a point concouru, à en subir les conséquences ?

Entre ces deux extrémités, la loi a pris un juste milieu ; elle donne à la femme un droit d'option, dont voici les deux termes : la femme peut, ou bien laisser au compte de la communauté l'acquisition faite par son mari, ou bien la prendre pour son propre compte, ce qui s'appelle exercer le *retrait d'indivision*.

Tel est le motif de l'exception, au droit commun, consacrée par l'art. 1408. Cette dérogation s'explique par la position subordonnée de la femme sous le régime de la communauté. Si l'art. 1408 n'existait point, l'acquisition de la portion indivise appartenant aux copropriétaires de la femme eut, en vertu de l'art. 1401, formé un conquêt. L'art. 1408 accorde à la femme la faculté de le transformer en propre. Ce n'est pas tout : aux termes de l'art. 1595 la vente entre époux est prohibée et l'acquisition de la totalité de l'immeuble dont une part indivise appartient à la femme, devrait, par suite, être nulle pour la part de la femme. Or, l'art. 1408 déroge encore à ce principe puisqu'il maintient la vente, même pour la part de la femme.

Ainsi la femme a un droit d'option, mais son choix sera naturellement déterminé par son intérêt. Si la valeur de l'immeuble a

augmenté, lors de la dissolution de la communauté, la femme tiendra compte, pour fixer son choix, de cette augmentation de valeur ; si, au contraire, la valeur de l'immeuble a diminué, elle l'abandonne à la communauté. Nouvelle dérogation à ce principe fondamental du régime de communauté, que l'un des époux ne doit point s'enrichir aux dépens du patrimoine commun.

Mais lorsque la femme n'est point mariée sous le régime de communauté, peut-elle se prévaloir de ce droit exhorbitant d'option ! Question controversée dont la difficulté tient au caractère exceptionnel de l'art. 1408, mais qui doit, à notre avis, se résoudre par une distinction. Les époux ont-ils adopté une clause quelconque de communauté conventionnelle, comme à celle-ci s'appliquent les règles de la communauté légale, sauf clause particulière du contrat, l'art. 1408 est applicable, et les parties ne pourraient y déroger, car c'est là une de ces dispositions qui tendent à protéger la femme contre les abus de la puissance maritale (1) ; il en serait de même si les époux, en se mariant sous le régime dotal, avaient stipulé une société d'acquêts qui n'est autre qu'une clause de communauté conventionnelle (2). Mais la solution de notre question serait bien différente, si les époux étaient mariés sous le régime dotal, sans société d'acquêts. L'art. 1408 n'est plus, dans cette dernière hypothèse, applicable, parce qu'il est de stricte interprétation (3). Il s'agit de savoir si un immeuble est propre ou acquêt ; or, il n'y a de propres et d'acquêts que sous le régime de communauté. L'art. 1408 accorde à la femme un droit d'option qui ne se conçoit que sous le régime de communauté (4).

(1) Pau, 6 juin 1860 ; D. P. 1860, 2 198.

(2) Rejet, 30 janvier 1850 ; D. P. 1850, 1. 171.

(3) Contrà : Grenoble, 18 août 1854 : Sir. 1855, 2, 91 ; Cass, 1 mai 1860 : Sir. 61. 1, 785 ; Riom. 15 novembre 1869, Sir. 1870, 2, 39.

(4) Laurent, t. 21, p. 373 : Toulouse, Contrà : Rejet, 1 mai 1860, D. P. 1860, 1, 511 ; Grenoble, 18 août 1854, D. P. 1856, 1, 61.

Les héritiers de la femme ont-ils le droit d'option et de retrait ? Sans nul doute. Il est de principe, en effet, que tout droit se transmet aux héritiers et successeurs universels, parce qu'on est censé avoir stipulé pour soi, ses héritiers et ayant-cause ; à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention, dit l'art. 1122. Or, le droit accordé à la femme n'est pas de la nature de ceux que la femme seule puisse exercer, car c'est là un droit pécuniaire qu'elle exerce selon son intérêt auquel celui de ses héritiers est semblable. Il en est de ce droit comme de ces autres droits que la loi accorde à la femme commune et en même temps à ses héritiers: par ex. le droit de renoncer à la communauté (1).

Les créanciers peuvent-ils exercer le droit d'option et de retrait ? La négative n'est contestée par personne. Ils n'ont point le droit de reprendre le bien, parce qu'il ne s'agit pas là d'exercer un droit existant, mais d'acquérir, de donner son consentement à une acquisition. Les créanciers n'ont d'autre gage que ce qui se trouve dans le patrimoine de la femme, c'est-à-dire la portion indivise appartenant à la femme dans l'immeuble acquis par le mari, et que les créanciers ont le droit de saisir. Mais, ils ne peuvent s'attribuer le droit d'option de la femme, parce que c'est une faculté dont la femme peut user ou ne point user, et qu'une faculté n'est pas le gage des créanciers. La femme se laisse guider dans son choix par des raisons de convenance personelle qui ne regardent point les créanciers : ils ne peuvent aller jusqu'à substituer leur volonté à la sienne.

Mais le mari aurait-il le droit d'option et de retrait, si la femme acquiert un immeuble dont le mari est copropriétaire par indivis ? La négative ne fait pas le moindre doute, car le mari ne peut réclamer des privilèges que la loi accorde à la femme, à raison de

(1) Aubry et Rau, t. v. p. 313, note 98.

la dépendance de celle-ci et du pouvoir absolu du mari. Le mari gère, il doit assumer les conséquences bonnes ou mauvaises de sa gestion. Il ne peut renoncer à la communauté ; de même il ne peut exercer le droit d'option et de retrait. L'immeuble acquis par la femme sera donc un conquêt, pour les parts, du moins, des copropriétaires du mari ; car, en ce qui concerne la part du mari, l'acquisition est frappée de nullité par la loi qui prohibe les ventes entre époux.

1° *Conditions requises pour l'exercice du retrait d'indivision.*

Pour que la femme ait les droits que lui confère l'art. 1408, il faut que le mari ait acquis, *seul et en son nom personnel*, tout ou portion indivise de l'immeuble sujet au retrait. Si la femme fait l'acquisition, elle se trouve dans le cas du premier alinéa de l'art. 1408, et l'immeuble lui sera propre par l'effet du contrat d'acquisition.

1° Le mari est devenu *seul* acquéreur ou adjudicataire de l'immeuble.

Supposons que la femme ait concouru à l'acte. On n'est plus, dès lors, dans le cas de l'exception et on rentre dans la règle : l'immeuble sera propre à la femme par l'effet du contrat et il ne peut plus être question de l'abandonner à la communauté (1).

On pourrait douter un instant parce que le mari figure au contrat, non pour autoriser sa femme, mais comme partie, par suite comme acquéreur. Or, le mari ne peut invoquer l'art. 1408, car il n'est pas propriétaire par indivis de l'immeuble ; il fait donc une acquisition ordinaire et partant, à son égard, l'immeuble est

(1) Contrà : Lyon, 20 juillet 1843, D. P, 44, 2, 197.

conquêt ; et s'il est conquêt pour le mari n'en faut-il pas conclure que les deux époux, en achetant en commun, ont entendu acheter pour la communauté et non pour la femme ? Mais il est aisé d'expliquer autrement la présence du mari au contrat ; il a, en effet, la jouissance de la part appartenant à sa femme, et il aura la jouissance de la portion indivise que la femme acquerra à titre de propre ; il est donc intéressé à l'acquisition. Si, au contraire, l'acquisition devait former un conquêt, la présence de la femme ne s'expliquerait plus, le mari seul devrait figurer à l'acte, la femme étant étrangère à tout ce qui concerne la communauté. Il est donc plus naturel d'interpréter le contrat en ce sens que la femme a entendu profiter du droit que lui donne l'art. 1408, et que le mari a concouru à l'acte à raison de la jouissance qu'il a du propre de la femme. L'art. 1408 confirme cette solution puisqu'il dispose que la femme a le droit d'option et de retrait, quand le mari *seul* est acquéreur ; ce qui implique que lorsque la femme est acquéreur avec son mari, on n'est plus dans l'exception, on rentre donc dans la règle.

Du reste, le droit établi par l'art. 1408 au profit de la femme est un privilège dont elle a le droit d'user ou de ne pas user. La renonciation peut être expresse ou tacite. Elle sera tacite quand la femme fait un acte qui implique nécessairement son intention de renoncer, par exemple, si elle consent à la vente de l'immeuble à titre de conquêt ou si elle confirme la dite vente.

2° Le mari doit être devenu acquéreur en son nom personnel.

Le mari doit agir comme chef de la communauté. Mais le mari étant aussi, sous le régime de communauté, administrateur des biens de la femme, si le mari, agissant dans l'intérêt de la femme, déclare qu'il fait, au nom de la femme, l'acquisition des portions indivises de l'immeuble dont elle est copropriétaire, que faut-il décider ?

Selon certains auteurs, l'immeuble serait propre à la femme, et

elle n'aurait pas le droit d'option de l'art. 1408, 2. L'option, d'après Troplong, n'est accordée à la femme que si l'acquisition est faite par le mari, en son nom personnel, on doit donc la lui refuser si le mari a pris soin de faire l'acquisition au nom de la femme. « Il serait messéant à la femme, ajoute-t-il (1), de venir nier l'existence d'un mandat attesté par son mari. » L'opinion de M. Troplong rend absolument illusoire la protection accordée à la femme par l'art. 1408, 2, puisqu'il suffirait au mari de déclarer qu'il fait l'acquisition au nom de la femme pour enlever à celle-ci l'option que la loi a voulu lui donner. Quant à l'objection tirée de ces mots du texte, « acquisition faite par le mari seul et *en son nom personnel*, » ils ne signifient point que le mari pourra imposer à la femme une acquisition dont elle ne veut pas ; le législateur a simplement voulu indiquer que, même dans cette hypothèse, la plus favorable au mari qui voudrait conserver l'acquisition par lui faite, la femme aurait le droit d'option (2).

M. Laurent (3) reconnaît bien que le mari ne peut imposer à la femme l'acquisition qu'il a faite au nom de celle-ci, mais il soutient que si la femme accepte l'acquisition faite en son nom, elle n'exerce pas le droit d'option, elle ratifie ce que le mari a fait, et, si elle ne ratifie pas, le contrat d'acquisition est nul, et la communauté n'est point propriétaire de l'immeuble, car le mari n'a pas voulu acquérir pour la communauté.

Nous admettons au contraire que cette acquisition constitue un conquêt de communauté si la femme ne prend point l'immeuble pour elle (4). Un immeuble acheté par le mari pendant la communauté, est en général un conquêt : comment l'acquisition serait-elle nulle, si la femme refuse de prendre l'immeuble ? Il est vrai que le mari n'a

(1) Troplong, 1, n° 672.
(2) (Cass. 2 décembre 1867, Sir. 68, 1, 161). Aubry et Rau, V, § 507, p. 313,
(3) XXI, n° 339.
(4) Arrêt précité de Cass. 2 déc. 1867. Aubry et Rau, v, § 507, p. 313.

point voulu acheter pour la communauté, puisqu'il a déclaré acheter au nom de la femme : nous répondons que le mari a acheté, non pas conditionnellement, mais purement et simplement, et si la femme ne veut pas de l'immeuble, le mari en demeure acquéreur, et acquéreur pour le compte de la communauté, aux termes de l'art. 1401, 3°.

Que décider dans le cas où le mari, en faisant l'acquisition, n'a point déclaré au nom de qui il achetait ? Nous accorderons encore en ce cas à la femme le droit d'option que l'art. 1408, 2, lui reconnaît. Quelque interprétation que l'on donne au silence gardé par le mari, qu'on y voie l'intention d'acquérir pour lui ou d'acquérir pour sa femme, dans les deux cas la femme a le droit d'option. Mais l'interprétation la plus conforme à la teneur de l'acte, c'est que le mari a voulu acheter en son nom personnel, et alors l'art. 1408, 2, est directement applicable (1).

En résumé, l'immeuble indivis avec la femme et acheté pendant la communauté sera propre, s'il a été acheté par la femme ou en vertu du mandat par elle donné : et dans toutes les autres hypothèse, quelle que soit la formule adoptée par le mari, l'immeuble sera soumis au droit d'option conféré à la femme par l'art. 1408, 2.

Le droit d'option accordé à la femme devra-t-il s'exercer dans le cas où l'immeuble indivis a été acquis par le mari sur une poursuite en expropriation forcée, dirigée contre les copropriétaires de l'immeuble ? Oui, parce que l'alinéa 1 de notre article est applicable à l'acquisition sur saisie, comme à tout autre mode d'acquisition. Sans doute un auteur (2) objecte que la femme ne pouvait acquérir l'immeuble en vertu de l'art. 711 du C. pr. puisque aux termes de cet article le saisi ne peut se rendre adjudicataire et

(1) (Nancy, 9 juin 1854, D. P. 55, 11, 251) ; (Cass. 24 juillet 1860, D. P. 60, 1, 456). Contrè, Pothier, traité de la communauté, n° 151.

(2) Laurent XXI, n° 340 *bis*. Comper., Bordeaux, 10 août 1870, Sir. 71, 11, 31, et D. P. 71, 11, 53.

que dès lors la femme ne pouvant devenir directement propriétaire de l'immeuble, ne peut l'acquérir indirectement par la voie du retrait. Il suffit de répondre que c'est le mari qui acquiert ici, et non la femme, et, au respect des tiers, c'est le mari qui est seul obligé et qui est seul tenu directement du paiement du prix d'acquisition. Si plus tard, dans les rapports de la femme et du mari acquéreur, la femme peut évincer le mari par l'exercice du retrait, c'est là une opération ultérieure, étrangère à la saisie, et qui échappe à la prohibition de l'art. 711.

Que décider dans le cas où le mari a acheté en son nom personnel, non la totalité de l'immeuble indivis, mais seulement les portions indivises des copropriétaires autres que la femme? L'art. 1408, 2, est, à notre avis, applicable, et nous décidons que si la femme renonce à prendre pour elle les portions indivises acquises par le mari, elle gardera la part qui lui appartient en propre sans qu'elle puisse ni contraindre son mari à l'acquérir, ni être forcé de la lui céder. On a contesté cette solution et on a pensé que la femme, optant pour que la part acquise fût un acquêt, devait abandonner à la communauté sa propre part (1). Mais une telle opinion est insoutenable : la femme ne peut abandonner à la communauté une chose qu'elle ne pourrait pas retirer, puisqu'elle en est déjà propriétaire. Le texte de l'art. 1408, 2, est décisif en faveur de notre opinion : la communauté, dit le texte, devient débitrice « de la portion appartenant à la femme dans le prix », ce qui s'explique très bien si le mari a acheté la part de la femme, mais s'il ne l'a point achetée et qu'elle doive être abandonnée par la femme, le texte aurait dû dire à quelles conditions cet abandon serait consenti. D'ailleurs l'art. 1408, 2, est une mesure de protection pour la femme : on ne peut le retourner contre elle, de manière à lui enlever une portion d'immeuble

(1) Duranton XIV, n° 206; Troplong I, n° 685.

qu'elle ne veut pas augmenter, mais dont il ne lui convenait point de se voir dépouiller (1).

3° A quel moment et jusqu'à quel moment la femme doit-elle exercer le droit d'option, et dans quelle forme.

L'art. 1408, 2, indique que la femme a son droit d'option *lors de la dissolution de la communauté.* Des auteurs ont conclu de ces termes du texte que la loi n'a prévu qu'à la dissolution de la communauté l'exercice de l'option de la femme ; ils lui refusent donc l'exercice de son droit d'option pendant la communauté (2). Au moment, par exemple, où les créanciers du mari poursuivent la vente de l'immeuble indivis acheté par celui-ci, elle ne pourrait déclarer qu'elle le prend pour elle.

Le texte de l'art. 1408 ne paraît nullement trancher la question, car il ne dit nullement que la femme *ne pourra* exercer son choix *qu'*à cette époque (3). Comment, d'ailleurs, la femme qui aurait pu faire de l'immeuble un propre au moment où il a été acheté, si elle avait figuré avec son mari à l'acte d'acquisition, ou si elle lui avait donné mandat d'acheter, ne pourrait-elle pas prendre le lendemain le parti qu'elle aurait pu prendre la veille ? C'est en vain qu'on redoute l'influence du mari pendant le mariage pour déterminer sa femme au retrait quand il regrettera de s'être porté adjudicataire, car cette influence, on ne la redoute point au cas de remploi quand le mari a fait une acquisition pour servir de remploi à la femme et que celle-ci a le droit d'accepter ou non l'acquisition faite en son nom, puisque la loi exige que le remploi soit accepté pendant le mariage (art. 1435). Mais, au reste, si la femme a le droit de prendre parti avant la dissolution de la com-

(1) Aubry et Rau, v, § 507, texte et note 100, p. 313, 314 ; Laurent XXI, n° 341.

(2) Marcadé, V, art. 1408, IV de Rodière et Pont, I, n° 634. (Cass. 25 juillet, 1844, Sir. 44, 1, 614). (Nancy, 6 juin, 1854, Sir. 54, II, 585). (Caen, 11 juillet, 1884, Sir. 84, II, 314). (Rennes, 9 février 1891, Sir. 91, 2, 174).

(3) Riom, 29 mai 1843, D. P. 45, 2, 27 ; Lyon, 20 juillet 1843, Sir. 1844, 2, 319.

munauté, ajoutons que ce n'est là pour elle qu'une faculté, et nul ne peut la contraindre à prendre parti avant cette époque (1).

En quelle forme doit être exprimée la volonté de la femme d'exercer le retrait d'indivision, ou de renoncer à son exercice ? La loi ne prescrit aucune forme particulière et, par conséquent, il suffit que cette volonté soit clairement exprimée, n'importe de quelle manière, soit expresse, soit tacite, pour que la femme soit irrévocablement liée par le parti qu'elle aura pris. C'est ainsi, par exemple, qu'il y aura volonté tacite de la femme de renoncer au retrait d'indivision, si elle concourt avec son mari à la vente de l'immeuble indivis qualifié de conquêt dans l'acte (2). Mais si aucune forme solennelle n'est imposée pour l'exercice de la volonté de la femme, du moins cette volonté ne doit point être douteuse.

b. — Examinons, maintenant, jusqu'à quel moment la femme conserve son droit d'option et de retrait.

L'art. 1408 n'indique aucun délai ; par conséquent, la femme aura trente ans pour exercer son droit (art. 2262). Les trente ans courront évidemment à partir du moment où le droit de la femme est né, c'est-à-dire à la dissolution de la communauté. Mais il en est de ce droit comme de celui du successible qui a trente ans pour accepter ou répudier ; il faut supposer évidemment qu'il n'y a pas d'autres parties intéressées qui ont le droit d'exiger que le successible ou la femme manifestent leur volonté. Or, lorsque la communauté est dissoute, le mari ou ses héritiers ont droit et intérêt à la liquidation et au partage de la communauté, et pour partager la communauté il faut savoir de quels biens elle se compose : l'exercice de l'option de la femme peut seule donner la

(1) Riom, 29 mai, 1843, Sir. 44, II, 243.

(2) Cass., 1er mai 1860, D. P. 60, I, 511 ; Cass., 26 janvier 1887, D. P., 87, I, 275. — Laurent, XXI, n° 345. — *Contrà*, Besançon, 20 mars 1850, D. P. 52, II, 287.

qualité de propre ou d'acquêt à l'immeuble indivis acheté pendant le mariage. Ils auront donc le droit de contraindre la femme à prendre un parti (1).

Ordinairement, il ne sera point nécessaire d'avoir recours à une sommation, parce qu'il résultera bien des opérations de la liquidation à laquelle la femme aura donné son consentement, qu'elle aura opté pour tel ou tel parti, que l'immeuble aura été traité comme propre ou comme acquêt ; son adhésion à la liquidation constituera une option et voilà pourquoi la loi suppose que cette option est faite lors de la dissolution de la communauté. Mais si la femme refusait de déclarer son choix, il faudrait bien qu'elle pût être contrainte à se prononcer, car elle ne peut, à son caprice, entraver la liquidation, et si la loi avait voulu la laisser souveraine maîtresse de tout suspendre, elle aurait fixé un délai, comme celui qu'elle donne aux héritiers et à la femme elle-même, pour délibérer sur l'acceptation d'une succession ou d'une communauté et n'eut pas laissé les choses dans l'incertitude pendant trente ans.

Mais supposons que la femme n'ait point manifesté de volonté. Quelle est alors la condition du bien ? Est-il provisoirement un conquêt, sauf à devenir un propre si la femme opte pour le retrait d'indivision ? Ou est-il provisoirement un propre, sauf à prendre la qualité de conquêt, si la femme abandonne l'immeuble à la communauté ?

L'immeuble acquis par le mari nous semble avoir provisoirement la qualité d'acquêt, et ne devenir propre qu'au moment où la femme aura déclaré vouloir exercer le retrait d'indivision (2). En effet tout immeuble acquis à titre onéreux pendant le mariage,

(1) Laurent, XXI, n° 343 ; Rodière et Pont, 1, n° 636. Aubry et Rau, t. v, p. 394, notes 102 et 103.

(2) Nancy, 9 juin 1854, D. P, 55. 2. 251.

dit l'art. 1401, 3°, tombe dans la communauté; l'exception que l'art. 1408, 2°, apporte à ce principe consiste à donner à la femme le choix, à la dissolution de la communauté, d'abandonner l'effet ou de retirer l'immeuble; donc, tant que dure la communauté, ou du moins tant que la femme n'a point exercé son option, il n'est pas dérogé à la règle de l'art. 1401, 3°, et l'immeuble a provisoirement la qualité de conquêt.

La terminologie même de l'art. 1408, 2°, confirme cette opinion : la femme a le droit de « *retirer* » l'immeuble de la communauté, dit cet article, ce qui implique que l'immeuble est dans la communauté, qu'il en est provisoirement la propriété. De même, l'expression « *retrait* », sous laquelle le droit de la femme de reprendre l'immeuble est désigné, signifie l'acte d'une personne qui dépouille un autre d'un droit qui lui appartient : c'est ainsi que, dans le retrait successoral, le retrayant ne devient propriétaire qu'au moment de l'exercice du retrait, et de même dans le retrait des droits litigieux. Le nom traditionnel du droit de la femme, retrait d'indivision, prouve que la nature de son droit est la même, et qu'il n'apparait qu'au moment où il est exercé.

Pour soutenir l'opinion contraire à celle que nous exposons, Troplong dit : « Le mari est présumé être le *negotiorum gestor* de la femme pour faire cesser l'indivision (1). » D'où Troplong tire la conséquence que la femme doit être propriétaire jusqu'au moment où elle déclare ne pas vouloir ratifier l'acquisition. Mais le mari a acquis, selon l'article 1408, *en son nom personnel*, ce qui exclut l'idée qu'il ait eu l'intention d'agir au nom de sa femme et il est impossible de considérer le retrait comme une ratification de ce que le mari a fait, alors qu'il en est la contradiction.

(2) Troplong, t. 1, p. 223, n° 648.

2° — *Effet de l'option de la femme.*

Ainsi, l'immeuble acquis par le mari est un conquêt de communauté et il reste conquêt jusqu'au jour où la femme la *retire*. Tout dépend donc de l'option de la femme. Si la femme opte pour l'abandon de l'immeuble à la communauté, l'immeuble n'aura jamais cessé d'être un conquêt et il demeure tel définitivement. Tous les actes consentis par le mari pendant la durée de la communauté, hypothèques, aliénations, sont désormais inattaquables, sur cet immeuble comme sur les autres immeubles de communauté. Le mari a pu exercer sur cet immeuble tous les droits qui lui appartiennent sur les conquêts. Si l'immeuble n'a point été aliéné par le mari, il sera compris avec les autres immeubles conquêts dans la masse active de la communauté ; seulement la communauté, conformément à l'art. 1408, 2°, aura à tenir compte à la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix de l'immeuble.

Supposons, au contraire, que la femme exerce le retrait d'indivision.

De ce jour, l'immeuble acquis par le mari changera son caractère, ou plutôt il sera réputé n'avoir jamais été acquêt, et au contraire n'avoir jamais cessé d'être un propre de la femme, car l'exercice du droit opère comme une condition révolutoire. Le retrait, en effet, équivaut à l'acquisition que la femme aurait faite de l'immeuble.

Du jour où l'immeuble indivis a été acheté par le mari, la condition de cet immeuble a été suspens; l'exercice du retrait le transforme en propre et, dès lors, les hypothèques et les aliénations consenties par le mari s'évanouissent. Comment en serait-il autrement ? A quoi servirait-il, en effet, d'accorder à la femme le droit théorique

de reprendre l'immeuble à la dissolution de la communauté, si en même temps la loi permettait au mari d'anéantir ce droit en consentant des aliénations ou des hypothèques que la femme serait tenue de respecter ? On a objecté que la loi n'est pas suffisamment explicite à cet égard. Il nous semble au contraire que l'art. 1408, 2°, est suffisamment clair, en proclamant le droit d'option de la femme; c'est indiquer que l'immeuble n'appartient à la communauté que sous la réserve de cette option, qu'il n'est point un conquêt ordinaire sur lequel le mari ait un droit absolu de disposition à titre onéreux. Donc, l'immeuble indivis, acheté par le mari, soit pour la totalité, soit seulement pour la part des copropriétaires de la femme, n'appartient à la communauté, tant qu'elle dure, que sous la condition résolutoire du retrait d'indivision ; et l'exercice de ce retrait anéantira les droits transmis à des tiers sur cet immeuble par le mari.

Ces tiers, créanciers hypothécaires, ou même tiers acquéreurs, ne peuvent d'ailleurs se plaindre, car la condition qui affectait le droit du mari leur a été nécessairement connue par l'examen du titre par lequel le mari avait acquis cet immeuble ; ils ont été dès lors informés par l'art. 1408,2, que la femme avait une option à exercer à la dissolution de la communauté. Pour conjurer le péril, les tiers n'auraient qu'à exiger le concours de la femme aux actes d'aliénation ou de constitution d'hypothèque consentis par le mari.

La femme exerce son droit d'option, et elle reprend l'immeuble comme elle le reprendrait par l'exercice d'une condition résolutoire. Mais supposons qu'au moment où la femme exerce le retrait le mari, ou ce qui revient au même, la communauté, n'ait point encore payé le prix de l'acquisition ; la femme sera-t-elle substituée au mari dans ses obligations vis-à-vis des anciens copropriétaires de l'immeuble ? devient-elle leur débitrice personnelle et directe du prix, au lieu et place du mari ?

La logique semble, au premier abord, l'exiger. En effet, nous avons considéré la propriété de la communauté comme résolue quand la femme exerce le retrait, et la femme comme ayant été propriétaire depuis l'acquisition faite par le mari. Comment, la propriété de la communauté étant résolue, serait-il possible de maintenir l'achat et l'obligation de payer le prix à la charge exclusive de la communauté ? Il semble au contraire juste que la femme devienne débitrice de ce prix puisqu'elle est propriétaire de l'immeuble et qu'elle doit, en cette qualité, se substituer aux obligations de la communauté en ce qui concerne cet immeuble.

Cependant ce raisonnement n'a point prévalu, et à bon droit. On admet que la femme n'est nullement tenue envers ses anciens copropriétaires et qu'elle ne pourra être atteinte qu'indirectement par l'action des vendeurs, par l'effet du privilège et de l'action résolutoire (1), ce qui ne pourra jamais leur procurer une somme supérieure à la valeur de l'immeuble au moment des poursuites. Comment justifier cette doctrine ?

M. Laurent estime que cette solution contredit l'opinion que nous avons adoptée, et d'après laquelle les droits consentis par le mari sur l'immeuble sont résolus. » La conséquence logique du principe, dit M. Laurent (2), conduit à décider que la femme est débitrice des vendeurs. » Nous répondons que le mari est le seul acquéreur, le seul que les copropriétaires vendeurs connaissent ; ils n'ont traité qu'avec le mari, ils n'ont pour débiteur direct et personnel que le mari, et l'exercice du retrait, qui n'est qu'une opération entre époux, ne peut modifier la situation, définitivement réglée par le contrat d'acquisition passé par le mari « en son nom personnel. » L'art. 1408,2, confirme notre opinion : il dit

(1) Cass. 14 nov. 1854, Sir. 55, 1, 718, et D. P. 55, 1, 232 ; — Riom, 4 juin 1857, Sir. 57. 11, 599) ; — Cass. 14 nov. 1854, D. P. 55. 1. 232.

(2) Laurent, xxi, n. 353.

seulement que lorsque la femme exerce le retrait, elle doit rembourser à la communauté le prix de l'acquisition et rien autre chose. Par conséquent, rien n'indique qu'elle soit obligée envers ses anciens copropriétaires. Ceux-ci conservent contre le mari et la communauté une créance comme vendeurs de leur part dans la propriété de l'immeuble, mais ils n'ont contre la femme qui exerce le retrait aucune action directe pour le paiement du prix.

La femme qui exerce le retrait a, toutefois, l'obligation d'indemniser la communauté « du prix d'acquisition » auquel s'ajoute la restitution des frais et loyaux coûts du contrat, suivant le principe général des retraits. Remarquons ici que les copropriétaires recevront de la communauté l'avance du prix, et qu'il leur importe peu que le paiement leur soit fait ou dû par la communauté, parce que le mari a acheté un conquêt, ou pour cette même communauté, à raison d'une acquisition de propre que le mari aura faite pour sa femme ; peu leur importe, puisque le résultat est toujours le même.

Nous venons de terminer l'étude de ces droits exhorbitants qui, sous le nom de retraits, sont accordés par la loi au débiteur cédé, aux copartageants ou à la femme mariée, d'anéantir un contrat régulier et auxquels ils étaient étrangers, moyennant le paiement de certaines sommes indiquées par le code. Les retraits, avouons-le, pourraient, sans de grands inconvénients, disparaître de notre législation. Il n'est pas bon que la loi porte atteinte à la liberté humaine et viole des droits qu'on a pu légitimement considérer comme acquis. Les considérations qui ont fait établir ces dispositions rigoureuses paraissent, à la vérité, assez faibles, et, le seraient-elles moins, ne suffiraient pas à motiver de pareilles dérogations au droit commun.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

L'Etat du préteur n'est devenu une source du droit écrit que sous Hadrien.

La litis contestatis *a lieu* in jure

Les pactes nus sont une source d'obligations naturelles.

La capitis minutis minima *n'implique pas un amoindrissement de la capacité antérieure.*

DROIT CIVIL

L'héritier légitime qui a accepté la succession purement et simplement (id. *du légataire universel saisi*) *n'est tenu du paiement des legs que* intra vires successionis.

Les enfants de l'adopté ne succèdent point à l'adoptant.

La séparation des patrimoines n'est pas un privilège.

Les enfants nés d'un commerce incestueux ne peuvent être légitimés.

DROIT CONSTITUTIONNEL

L'Assemblée nationale exerce le pouvoir constituant d'une manière illimitée.

La dualité des Chambres est un système politique préférable à celui d'une Chambre unique.

Le régime parlementaire ne viole point la séparation des pouvoirs.

L'idée de souveraineté n'est point la même en France qu'en Angleterre et aux Etats-Unis.

ÉCONOMIE POLITIQUE

Le salaire n'est pas un arrangement artificiel.

La théorie du salaire naturel et celle du fonds des salaires sont de vaines formules.

Les lois, les mœurs ne doivent point créer une situation inégale soit au patron, soit à l'ouvrier.

Les grèves ne sont pas défavorables à l'ouvrier.

Le numéraire occupe une place à part parmi les richesses.

L'opinion populaire qui fait de l'homme qui épargne un égoïste et de celui qui dépense un homme libéral est un préjugé.

Vu par le professeur, président de la thèse,

Ar. BOUVIER-BANGILLON.

Vu : pour le Doyen,

L'Assesseur, **G. BRY.**

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur, **BELIN.**

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION PUBLICIENNE

INTRODUCTION 5

CHAPITRE Ier.

Définition de l'Action publicienne, son origine, son but, sa nature, son domaine 6

CHAPITRE II.

CONDITIONS D'EXERCICE DE LA PUBLICIENNE 14

§ 1. — De la possession 14

§ 2. — De la juste cause 19

Du titre putatif 31

§ 3. — De la bonne foi 33

§ 4. — Des choses susceptibles d'usucapion 37

CHAPITRE III.

Contre qui est donnée la Publicienne ? 42

DROIT CIVIL

—

DES RETRAITS DANS L'ANCIEN DROIT

—

I. — Du retrait litigieux 55

1° Conditions du retrait litigieux 57

II. Quand le retrait doit-il ou peut-il être exercé ? Quelles sont les obligations du retrayant ? 64

III. Des effets du retrait. Des exceptions au droit de retrait . . 68

II. — Du retrait successoral.

Qu'est-ce que le retrait successoral ? 74

I. Contre quelles personnes et par quelles personnes le retrait successoral peut être exercé ? 78

II. Quelles cessions donnent lieu au retrait ? 87

III. De l'action en retrait 93

IV. Conditions du retrait 99

V. Effets du retrait. 104

III. — Du retrait d'indivision.

Première hypothèse.

1° Des cas auxquels s'applique la première partie de l'article. 110

2° Quelle est la cause de cette dérogation ? 111

3° Conditions exigées sur l'exercice de ce droit. 114

Deuxième hypothèse.

1° Conditions requises pour l'exercice du retrait d'indivision. . 122

2° Effet de l'option de la femme. 131

Positions 136

Marseille. — Typ. et Lith. Barlatier et Barthelet.